

Konstitusjonell sedvanerett

- politisk konstruksjon eller juridisk verktøy?

Siri Bjørtuft Ellingsen

Hovedoppgave i statsvitenskap

Universitetet i Oslo

Institutt for statsvitenskap

Høsten 2002

Til pappa

Forord

Her er min hovedoppgave i statsvitenskap. Det har vært både morsomt og utfordrende å skrive den, og den har blitt til med god hjelp fra flere hold. Jeg må først rette en stor takk til Bjørn Erik Rasch, som alltid har vært tilgjengelig og som har gitt meg god, konstruktiv og inspirerende veiledning gjennom hele skriveprosessen. Det har blitt høyt verdsatt. Takk til Trond Nordby og Eivind Smith for nyttige samtaler i de innledende fasene. Også Gudmund Sandvik og Erik Boe fortjener en takk for hjelpsomme kommentarer og innspill underveis.

Det er ikke bare fra det faglige miljøet det er viktig å få støtte – også støtte utenom det har vært uvurderlig. En stor og varm takk til mamma og Christian for gjennomlesing av oppgaven og gode tilbakemeldinger på den. Takk også for å ha vist stor interesse og støtte underveis, dere får tilgi meg at jeg ikke alltid har vært like meddelsom om det jeg har drevet med. Takk til Fredrik for hjelp med lay-out, det sparte meg for mye tid. Marie – tilværelsen på Blindern hadde ikke vært den samme uten deg. Takk for oppmuntring, hjelp og for vennskapet ditt. Takk også til andre venner og medstudenter som har gjort livet som hovedfagsstudent til en morsom og minneverdig tid. Til slutt, takk til Jon-Anders for din humor, tålmodighet og støtte underveis.

Oslo, Desember 2002

Innholdsfortegnelse

FORORD 1

INNHALDSFORTEGNELSE 3

KAPITTEL 1..... INNLEDNING 1

1.1 BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLING 1

1.2 FORSKNINGSDESIGN 4

KAPITTEL 2..... LÆREN OM KONSTITUSJONELL SEDVANERETT 8

2.1 HVA GÅR LÆREN OM KONSTITUSJONELL SEDVANERETT UT PÅ? 9

2.1.1 *Begrepet "lære"* 9

2.1.2 *Begrepet "konstitusjonell"* 10

2.1.2.1 Konstitusjon, grunnlov og forfatning 10

2.1.2.2 Konstitusjonen som gjeldende rett 11

2.1.2.3 Konstitusjonell på to ulike måter 12

2.1.2.4 Konstitusjonelle normer vs andre normer: lex superior prinsippet 13

2.1.3 *Begrepet "sedvanerett"* 14

2.1.3.1 Sedvanerettens ulike funksjoner 14

2.1.3.2 Internasjonal sedvane 15

2.1.4 *Sedvanerettens kriterier* 16

2.1.4.1 Langvarig praksis 16

2.1.4.2 Konsekvent praksis 16

2.1.4.3 Rettsoverbevisning 17

2.1.4.4 Reelle hensyn: en god regel 17

2.1.4.5 Helhetsvurdering 18

2.1.4.6 Formell forankring? 19

2.2 NORMER SOM ANSES Å HA STATUS SOM KONSTITUSJONELL SEDVANERETT 20

2.2.1 *Opphøret av den personlige kongemakt* 20

2.2.1.1 Regjeringsskifte 21

2.2.1.2 Kontrasignaturreglene 22

2.2.2 *Parlamentarismen: mistillitsvotum og kabinettspørsmål* 23

2.2.2.1 Mistillitsvotumet 24

2.2.2.2 Kabinettspørsmålet 25

2.2.3 *Legalitetsprinsippet* 27

2.2.4 *Domstolenes uavhengighet* 28

2.2.5 *Domstolenes prøvingsrett* 29

2.2.6 *Stortingets instruksjonsmyndighet overfor forvaltningen* 32

2.2.7 *Regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget* 33

2.2.8 *Andre normer av konstitusjonell sedvanerettslig art?* 35

2.2.8.1 Retten til dannelse av politisk parti 35

2.2.8.2	Storingsrepresentantenes uavhengighet	36
2.2.8.3	Stortingets vedtakelse av skattebeslutninger i plenum	37
2.2.8.4	Regjeringens konsultasjonsplikt	38
2.2.8.5	Ileggelse av tilleggsskatt	39
2.3	OPPSUMMERING	40
KAPITTEL 3.....	NÅR? HVORFOR?	42
3.1	METODE OG KILDEVALG	43
3.1.1	<i>Tidsavgrensning</i>	43
3.1.2	<i>Kilder og litteratur</i>	43
3.2	FUNN I LITTERATUR FRA ÅRHUNDRESKIFTET	46
3.2.1	<i>Aschehoug</i>	46
3.2.2	<i>Morgenstjerne</i>	48
3.2.3	<i>Castberg</i>	50
3.2.4	<i>Andenæs</i>	51
3.2.5	<i>Generelle betraktninger</i>	53
3.3	TILNÆRMING GJENNOM DE ENKELTE RETTSREGLENE	53
3.3.1	<i>Opphøret av den personlige kongemakt</i>	54
3.3.2	<i>Parlamentarismen</i>	55
3.3.3	<i>Legalitetsprinsippet</i>	56
3.3.4	<i>Domstolenes uavhengighet</i>	57
3.3.5	<i>Domstolenes prøvingsrett</i>	58
3.3.6	<i>Stortingets instruksjonsmyndighet</i>	60
3.3.7	<i>Regjeringens opplysningsplikt</i>	61
3.3.8	<i>Andre sedvaneretter av konstitusjonell rang</i>	62
3.3.8.1	Retten til dannelse av politiske partier	62
3.3.8.2	Storingsrepresentantenes uavhengighet	62
3.3.8.3	Stortingets vedtakelse av skattebeslutninger i plenum	63
3.3.8.4	Regjeringens konsultasjonsplikt	64
3.3.8.5	Ileggelse av tilleggsskatt	64
3.3.9	<i>Foreløpig oppsummering</i>	65
3.4	HVORFOR?	66
3.4.1	<i>Interessepolitiske motiver</i>	67
3.4.2	<i>Ikke-interessebaserte forklaringer</i>	71
3.5	OPPSUMMERING	75
KAPITTEL 4.....	FINNES DET EGENTLIG NOEN LÆRE OM KONSTITUSJONELL SEDVANERETT - EN KRITISK VURDERING AV DE OPPSATTE KRITERIENE	77
4.1	LANGVARIG PRAKSIS	77
4.2	KONSEKVENT PRAKSIS	79
4.2.1	<i>Generelt</i>	79
4.2.2	<i>Nødrettsbetraktninger</i>	81

4.3	RETTSOVERBEVISNING 82
4.3.1	<i>Eksempel: parlamentarismen</i> 82
4.3.2	<i>Andre eksempler</i> 83
4.4	EN GOD REGEL? 84
4.4.1	<i>Generelt om kravet</i> 84
4.4.2	<i>Mulige krav til en god regel</i> 86
4.4.2.1	Harmoni med andre rettsregler 86
4.4.2.2	Andre krav? 86
4.5	ANNEN KRITIKK 88
4.5.1	<i>Læren om konstitusjonell "sedvanerett"</i> 88
4.5.1.1	"Sedvanerett" eller bare "sedvane"? 88
4.5.1.2	Reelle hensyn 89
4.5.1.3	Sedvanerett som rettskilde i statsforfatningsrett? 90
4.5.2	<i>Læren om "konstitusjonell" sedvanerett og lex superior</i> 91
4.5.2.1	Endring av konstitusjonell sedvanerett 91
4.5.2.2	Hva defineres som "konstitusjonell"? 92
4.5.3	<i>"Læren" om konstitusjonell sedvanerett</i> 94
4.5.3.1	Nødvendige og tilstrekkelige betingelser: en enhetlig lære? 94
4.5.3.2	En gyldig lære? 95
4.5.4	<i>Kravet om formell forankring</i> 96
4.6	OPPSUMMERING 98
KAPITTEL 5.	AVSLUTNING 100
5.1	OPPSUMMERING 100
5.2	KONKLUSJONER 102
5.3	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER 106
LITTERATUR 109	

Kapittel 1. Innledning

1.1 Bakgrunn og problemstilling

Dersom en vil vite hvordan det norske politisk-økonomiske system fungerer i dag ”er grunnloven...det siste dokumentet en bør lese” (Hernes 1980:90). Den norske grunnloven har ikke gjennomgått fullstendige revisjoner med jevne mellomrom, slik mange andre lover har. De fleste bestemmelsene har derfor samme ordlyd i dag som for 188 år siden. Statsretten har likevel utviklet seg, og det har ført til at det finnes flere normer som i dag regnes til Grunnloven selv om de ikke er skrevet inn i den.

Grunnlovsbestemmelsene er sterkere beskyttet mot endring enn vanlige lovregler gjennom Grl. § 112 (se 2.1.2.2). I forbindelse med vedtagelsen av et endringsforslag stilles det opp krav om 2/3 flertall av de voterende i et samlet storting. I tillegg forsinkes endringsprosessen ved at forslaget må vedtas på to ulike storting. Disse formelle prosedyrene favoriserer status quo og sikrer at stabilitet og forutsigbarhet blir ivaretatt. Ut fra dette betegnes Grunnloven som *lex superior* (se 2.1.2.4). At de konstitusjonelle bestemmelsene er ressurskrevende å endre, er ikke det samme som at det aldri forekommer formelle endringer. Senest på 1990-tallet har endringer og tilføyelser kommet til ved Grl. §§ 110a, b og c. Sistnevnte endring skjedde i 1994 og gjaldt forholdet til menneskerettighetene. Til tross for at det er foretatt endringer i Grunnloven, er mange likevel av den oppfatning at *grunnlovskonservatisme* er en særegenhet ved den norske konstitusjonen (Andenæs 1998:27; for andre synspunkter se Rasch 1994:12). Opsahl har skrevet at man hos de samme personene kan finne både stor konservatisme overfor formelle endringer og stor liberalisme overfor tolkninger. Uansett om oppfatningen av en rådende grunnlovskonservatisme stemmer eller ikke, omfatter norsk forfatningsrett i dag mer enn den skrevne grunnloven av 1814 (se nærmere 2.1.2.1). Konstitusjonelle endringer og tilføyelser har foregått utenom de formelle prosedyrene som er satt opp i § 112. Mange av de uskrevne normene som har kommet til har fått betegnelsen konstitusjonell sedvanerett.

Betegnelsen *konstitusjonell sedvanerett* dukker stadig opp i det offentlige rom. De enkelte normene som faller inn under betegnelsen, er til dels grundig behandlet, spesielt i statsvitenskaplig og juridisk litteratur. Konstitusjonell sedvanerett står frem som en hybrid betegnelse, da tilnærmingen til den er ulik i de ulike fagene. Det vil også komme til å prege den videre oppgaven. Selv om det er skrevet mye om de enkelte normene, er det skrevet mindre om *læren* om konstitusjonell sedvanerett som sådan. I statsrettslig og statsvitenskaplig litteratur er læren om konstitusjonell sedvanerett lite problematisert. Det er ikke opplagt hva læren egentlig går ut på, og det finnes ulike oppfatninger av fenomenet blant jurister. Det er heller ikke avklart *når* læren ble etablert i norsk rettsvitenskap eller *hvorfor* dette skjedde. En nærmere undersøkelse av disse spørsmålene kan bidra til videre forskning og debatt på området. Dessuten gir fenomenet konstitusjonell sedvanerett en mulighet til å se fagene historie, statsvitenskap og jus i en nærere sammenheng enn hva som ofte blir gjort.

Man kan stille seg spørsmålet hvorfor det er så viktig å definere de konstitusjonelle reglene som er kommet til gjennom sedvanerett og finne deres rettsgrunnlag. Både det politiske og rettslige system har enn så lenge fungert relativt godt uten en slik presisering. Jeg vil argumentere ut fra en tanke om at det *er* viktig å skille mellom hva som er politisk sedvane og hva som er rettslige nødvendigheter. Slik ser man hele tiden hva som "er juss i dette og hva som er politikk" (Sejersted 1998:227). Det er ikke med det sagt at rettslige normer reelt sett er mer bindende enn politiske. En norm er det samme som en regel. Den sier noe om hva folk kan og skal gjøre, ikke hva de faktisk gjør. Med rettslige normer menes her autoritative regler som er av en slik art at de kan håndheves for en domstol. Politiske normer er parlamentariske spilleregler som er så innarbeidet at de i praksis oppfattes som bindende, men brudd på dem medfører kun parlamentarisk kritikk. Politiske normer kan likevel ha en vel så sterk disiplinerende effekt som rettslige. Det gjelder spesielt for politikere, ettersom deres gjenvalg avhenger av å gjøre gode politiske og taktiske valg. At en del av de politiske normene i tillegg er rettslige har derfor liten betydning for

motivasjonen for å følge dem. Betydningen av å skille mellom rettslige og politiske normer er først og fremst at rettsreglene kan påberopes for domstolene og at brudd på dem kan medføre strafferettslig ansvar. Videre er det viktig å sonde mellom dem for å avklare muligheten til å *endre* normene. Dette er to av de viktigste årsakene til at det er sentralt å ha klart for seg hva som defineres som konstitusjonell sedvanerett og hva som er politiske normer.

En klargjøring av kriteriene til sedvanerett er nødvendig for å kunne skille mellom politiske spilleregler og juridiske normer. I tillegg er det vesentlig å se om normene som faller inn under læren om konstitusjonell sedvanerett faktisk oppfyller alle kriteriene, og om kriteriene gir så god veiledning at det med sikkerhet er mulig å klassifisere en norm som konstitusjonell sedvanerett. Videre er det i den litteraturen som foreligger i dag ikke undersøkt når læren om konstitusjonell sedvanerett etablerte seg i norsk statsforfatningsrett og heller ikke hva som kan forklare dens fremvekst.

Med bakgrunn i disse betraktningene reises følgende problemstilling:

Finnes det egentlig noen *lære* om konstitusjonell sedvanerett, og når og hvorfor ble den i så fall etablert i norsk statsrett?

Problemstillingen har to ledd. For å besvare den første delen er det nødvendig å finne ut hva som i dag menes med læren om konstitusjonell sedvanerett. For å gjøre det vil jeg liste opp de betingelsene som definerer læren og de normene som anses å ha oppfylt disse betingelsene. Analysen vil også inneholde en kritisk vurdering av de enkelte betingelsene som er satt opp tidligere.

For å finne ut hva læren om konstitusjonell sedvanerett går ut på, stilles spørsmålene:

- Hvilke betingelser kjennetegner læren om konstitusjonell sedvanerett og hvor formålstjenlige er de?

- Hvilke normer faller inn under læren om konstitusjonell sedvanerett?

Andre del av problemstillingen er mer empirisk orientert og kan oppsummeres i disse to spørsmålene:

- Når etablerte læren seg i norsk statsforfatningsrett?
- Hvorfor etablerte læren seg i norsk statsforfatningsrett?

Ved å besvare disse spørsmålene vil læren om konstitusjonell sedvanerett forhåpentligvis fremstå som noe klarere enn den gjør i dag. Samtidig vil det skape en mer helhetlig forståelse av den og dens plass i den norske statsforfatningen.

1.2 Forskningsdesign

Det er ingen opplagt måte å besvare problemstillingen på. En støter på ulike analytiske utfordringer og det finnes ulike måter å bygge opp undersøkelsen på. Som statsviter er det utfordrende å skrive om et tema som i så stor grad er preget og styrt av jus. For en jurist har konstitusjonell sedvanerett først og fremst betydning som rettskilde, mens andre forhold rundt betegnelsen er mindre viktige. I et rettkildemessig perspektiv vil derfor en avklaring av sedvanerettens *trinnhøyde* stå i fokus, for at kilden så skal brukes videre i vurderingen av en sak. Rettskildene brukes da mer stringent enn det som gjøres her. Rettskildelæren, som oppstiller regler for hvilke momenter som skal vektlegges i vurderingen, vil ikke bli brukt i utstrakt grad i denne oppgaven. Jeg har ikke de samme forutsetningene for å se alle de juridiske implikasjonene ved de normene som blir berørt.

Det ligger videre utfordringer i nettopp det at jus, statsvitenskap og historie smelter sammen i statsforfatningsretten. Jeg baserer meg på de samme kildene som brukes i disse fagene, og vil nødvendigvis bruke dem om hverandre. Metoden står på denne måten frem som en stor utfordring, da det kan være vanskelig å bruke juridiske

kilder i en statsvitenskaplig oppgave. Angrepsvinkelen på betegnelsen om konstitusjonell sedvanerett vil være bredere i denne oppgaven enn i en juridisk oppgave, fordi læren som sådan er i fokus mer enn det juridiske innholdet. Jeg skal her redegjøre for det forskningsdesignet som er valgt.

For å besvare spørsmålet om det egentlig eksisterer noen lære om konstitusjonell sedvanerett, vil jeg først finne ut hva læren går ut på i følge *dagens* rettskilder og jurister. Kildene som blir brukt vil for det meste være nyere lærebøker i statsrett, da det er disse som definerer og til dels diskuterer læren om konstitusjonell sedvanerett. Jeg vil ikke gå inn på *læren om sedvanerett* og dens historiske utvikling spesielt, noe det er skrevet mye om andre steder. De tradisjonelt grunnleggende elementene for sedvanerett som foreligger i dag vil bli gjort kort rede for. I tillegg inkorporeres den mer moderne tilnærmingen til sedvaneretten. Disse elementene vurderes så under hver enkelt norm som faller inn under læren. Kriteriene vil skisseres og vurderes ut fra kvalitet, operasjonaliserbarhet og evne til å klassifisere normer som det ene eller det andre. I kritikken av dem vurderes hvor formålstjenlige de er og om læren om konstitusjonell sedvanerett faktisk kan karakteriseres som en ”lære”. I tillegg vil jeg se om det er mulig å finne andre betingelser som kan gjøre læren klarere.

Fokus vil ligge på selve læren om konstitusjonell sedvanerett, men oppgaven vil naturlig nok legge stor vekt på de normene som oppfyller betingelsene som settes opp under læren om konstitusjonell sedvanerett. Disse rettslige sedvanene vil bli definert og vurdert i forhold til de enkelte betingelsene. Listing av normer av konstitusjonell sedvanerettslig art har som mål å være uttømmende, selv om det kan finnes andre normer av mindre viktighet som ikke blir inkludert. Det skyldes oppgavens kildegrunnlag i form av sentral juridisk litteratur på området. Rettsnormene vil forhåpentligvis være av nytte for å besvare spørsmålet om hva læren om konstitusjonell sedvanerett går ut på. Normene vil også bli brukt som

avhengige variabler i andre del av problemstillingen, som gjelder spørsmålene om ”når” og ”hvorfor”.

Analysens kritiske vurdering av fenomenet og de tidligere definerte begrepene, baseres på egne vurderinger i tillegg til litteraturen som ligger til grunn for øvrig. Ved å problematisere og kritisere begrepene og betingelsene satt opp tidligere, vil vi kunne komme nærmere svaret på om det egentlig eksisterer noen ”lære om konstitusjonell sedvanerett”.

Andre del av problemstillingen kan defineres som et historisk statsvitenskapelig problem. Den er også mer empirisk rettet. For å stadfeste *når* læren oppstod, vil jeg søke i juridiske fremstillinger av temaet fra forrige århundreskifte. Ut fra dette kan vi danne oss et bilde av når læren ble en eksplisitt del av juridisk tenkning. En gjennomgang av lærebøker i statsrett vil være det grunnleggende kildematerialet. Min oppgave blir for det første å se på når *uttrykket* ”konstitusjonell sedvanerett” kom i bruk. Da uttrykket ble inkludert i fagterminologien, startet kanskje også *lærens* inntog i norsk rettsvitenskap. Deretter vil jeg se om de enkelte normene oppfyller de kravene som er satt til konstitusjonell sedvanerett uavhengig av om selve begrepet brukes eller ikke. Det kan i tilfelle gi en pekepinn på om læren om konstitusjonell sedvanerett hadde etablert seg i Norge på begynnelsen av 1900-tallet, eller om det skjedde senere. Formålet vil være å kartlegge ulike syn på temaet, og hvilken status og betydning det har hatt blant teoretikere på området.

Sedvanen er sterkt knyttet til rettspraksis og domstolsavgjørelser. Disse kunne også blitt systematisk gjennomgått for å finne svar på spørsmålene som stilles i denne oppgaven, men på grunn av tid og ressurser har ikke det vært mulig. Det empiriske fokuset vil derfor ligge på lærebøker i statsrett fra siste halvdel av 1800-tallet og første halvdel av 1900-tallet, i tillegg til lærebøker fra nyere tid. En nærmere metodisk presentasjon, avgrensning og begrunnelse følger i kapittel 3. For videre å finne svar på *hvorfor* læren kom vil jeg ta utgangspunkt i to ulike historiske tilnærmingsmåter representert ved historikerne Seip og Sejersted. Med disse som

grunnlag vil flere ulike forklaringsalternativer bli skissert, uten at de vil bli undersøkt videre. En slik undersøkelse ville innebære en vidtrekkende historisk analyse som ikke er mulig å gjennomføre her. For å besvare denne delen av problemstillingen vil jeg legge frem forklaringsalternativer både for lærens fremvekst, men også for de enkelte normene, i håp om at deres tilblivelse kan forklare noe av lærens.

Først i oppgaven kommer et kapittel om hva læren om konstitusjonell sedvanerett går ut på. I dette kapitlet finnes en del begrepsavklaringer før kriteriene for læren blir satt opp. Videre settes listen over normer av konstitusjonell sedvanerettslig art opp. Kapittel 3 er oppgavens empiriske kapittel som i tillegg til et metodisk avsnitt vil inneholde en gjennomgang av fire sentrale statsrettslige bidrag i søk etter begrepet ”konstitusjonell sedvanerett”. Deretter vil de enkelte normenes tidsmessige oppkomst bli forsøkt fastsatt. Tilslutt i kapitlet blir mulige forklaringer på fenomenet skissert, utledet av de to ulike tilnærmingene. Kapittel 4 tar opp tråden fra kapittel 2, og undersøker om en faktisk kan snakke om en egentlig lære, ut fra de tidligere oppsatte kriterier og begrepsavklaringer. I siste del av oppgaven vil jeg forsøke å trekke noen konklusjoner ut fra de funnene som er gjort tidligere i oppgaven. Hvert kapittel vil bestå av en kort innledning samt en kort oppsummering, der fremgangsmåte og ulike valg vil bli begrunnet. På denne måten ønsker oppgaven å gjøre seg tilgjengelig for leseren.

Kapittel 2. Læren om konstitusjonell sedvanerett

Sedvanen er den opprinnelige rettskilde. Den oppstod på privatrettens område og var der lenge dominerende. Men stadig flere rettsområder blir regulert ved lovgivning, og dette reduserer sedvanerettens betydning. I norsk statsforfatningsrett er sedvanen likevel viktig, og har vært det lenge. Sedvanen har fått et nytt ”bruksområde”. I noen tilfeller opphøyes sedvaneretten innen offentlig rett til et konstitusjonelt nivå, og det er denne *konstitusjonelle* sedvanen jeg skal redegjøre for videre. Kapittelet tar først for seg tre sentrale begreper i den videre oppgaven. For det første legges det frem forslag om hvilke vilkår som må foreligge for at noe skal karakteriseres som en ”lære”. Videre er det to andre begreper som trenger en nærmere avklaring. Boe (1996:278) angir en definisjon av konstitusjonell sedvanerett der denne foreligger når regelen angår konstitusjonelle spørsmål, hvilket betyr når regelen berører forholdet mellom de tre statsmaktene eller individenes grunnlovssvern. Hva er ”konstitusjonell” og hva er ”sedvanerett”? Kapittelet besvarer spørsmålene ”Hvilke betingelser kjennetegner læren om konstitusjonell sedvanerett?” og ”Hvilke normer faller inn under læren om konstitusjonell sedvanerett?”. En vurdering av hvor formålstjenlige kriteriene er, følger i kapittel 4. Under avsnittet om sedvanerett vil jeg liste opp de ulike kriteriene satt til den. Deretter følger en gjennomgang av alle de norske sedvanerettslige normene av konstitusjonell rang.

2.1 Hva går læren om konstitusjonell sedvanerett ut på?

2.1.1 Begrepet "lære"

Begrepet "lære" skaper visse forventninger. Så vidt jeg har funnet eksisterer det likevel ikke noen generelle krav til hva som skal til for at noe kan karakteriseres som en "lære". Jeg vil i det følgende kort gjøre rede for de kravene til en lære som legges til grunn i denne oppgaven. Disse kriteriene vil jeg komme tilbake til senere i oppgaven, for da å vurdere om "læren om konstitusjonell sedvanerett" oppfyller dem på en tilfredsstillende måte.

For det første må det eksistere et sett av *nødvendige og tilstrekkelige betingelser* for hva som skal kjennetegne normer som faller inn under en lære. Det kan også argumenteres for et mer moderne syn, der et slikt sett av betingelser ikke er nødvendige. Læren om konstitusjonell sedvanerett bør da defineres ut fra en helhetsvurdering der reelle hensyn dominerer, og der de enkelte betingelsene verken er nødvendige eller tilstrekkelige. De fleste forfattere tar likevel utgangspunkt i betingelsene satt opp under det tradisjonelle synet, i tillegg til å ta i betraktning de reelle hensyn som måtte spille inn. Slik vil det også gjøres her.

Videre må kriteriene som stilles opp under en lære være *operasjonaliserbare*. Det vil her si at de kan anvendes på en klar og fornuftig måte på de normene som faller inn under læren om konstitusjonell sedvanerett, og på den måten gi reell veiledning om hvilke uskrevne normer som hører til der.

Det bør også foreligge en *enhetlig forståelse* av kriteriene for hva som kjennetegner en norm av konstitusjonell sedvanerettslig art. Det bør altså være allmenn enighet om hvilke kriterier som skal inngå i en lære og enighet om hvordan de skal vektlegges og avgrenses.

Til slutt må læren være *gyldig*. Det innebærer her at uskrevne normer som oppfyller disse oppsatte betingelsene automatisk får status som konstitusjonell sedvanerett. Slik vil skillet mellom normer av ulik art komme lettere frem, og man slipper tvil om den enkelte norms rang i forhold til andre regler. En mer kritisk tilnærming og diskusjon om disse kjennetegnene på en lære følger i kapittel 4.

2.1.2 Begrepet ”konstitusjonell”

2.1.2.1 Konstitusjon, grunnlov og forfatning

En konstitusjon kan leses på flere ulike måter. Én som at den er en *beskrivelse* av spilleregler for statens øverste organer eller at den inneholder beskrivelser av statens styre. Det tidligere siterte Hernes utsagnet (jf. 1.1) vitner om en slik oppfatning av Grunnloven. I tillegg burde en konstitusjon inneholde garantier for grunnleggende rettigheter, spesielt individuelle menneskerettigheter (Hylland 1994:188). En annen måte å se konstitusjoner på, er som redskaper for å oppnå noe annet enn det som kanskje ville inntruffet hvis de aktuelle grunnlovsbestemmelsene ikke fantes (Smith 2000:8). Konstitusjonen inneholder da *normer* om statens styre, heller enn en beskrivelse av det. Det kan være hensiktsmessig å se den norske grunnloven med utgangspunkt i det sistnevnte.

Boe (1996:333) hevder at begrepet ”konstitusjon” brukes tvetydig ved at det noen ganger anvendes om Grunnloven alene, mens det andre ganger inkluderer konstitusjonell sedvanerett. Videre hevder han at forfatningen kan deles opp i en formell og en materiell del. Jeg vil gå bort fra disse definisjonene og anvende ordet ”forfatning” til å gjelde både formelle og materielle konstitusjonelle normer (se 2.1.2.3), mens ”konstitusjon” og ”grunnlov” kun inkluderer de formelle. ”Forfatning” blir dermed et vidt begrep som i tillegg til andre normer også innebefatter konstitusjonell sedvanerett.

2.1.2.2 Konstitusjonen som gjeldende rett

Det blir ofte tatt for gitt at en konstitusjon er lov i egentlig forstand, det vil si at den er skreven og gjeldende rett. Historisk har ikke dette vært tilfellet i Europa. Norge var lenge det eneste europeiske landet som hadde en grunnlov som var nedskrevet. USA er et mer kjent eksempel fra samme tid (Smith 2002:164). I tillegg til at den norske grunnloven var skrevet ned, var den også gjeldende rett. De bestemmelser som stod i den kunne håndheves for domstolene. I årene etter andre verdenskrig forandret innstillingen i det øvrige Europa seg, men det finnes fortsatt tilfeller av at grunnlover ikke er skrevet ned eller anses for å være gjeldende rett. Nederlands grunnlov bestemmer dette direkte gjennom § 120 i sin grunnlov. I Storbritannia er parlamentets beslutninger til enhver tid øverste lov. Dette er for øvrig også grunnen til at norsk konstitusjonell sedvanerett ikke kan sammenlignes med den engelske uskrevne forfatningen. I Norge må konstitusjonelt sedvanerettslige normer i teorien endres gjennom prosedyrene Grl. § 112, mens det i Storbritannia gjelder vanlige flertallsavgjørelser for disse lovene som for andre. Grl. § 112 lyder:

”Viser Erfaring, at nogen Del af denne Kongeriget Norges Grundlov bør forandres, skal Forslaget derom fremsættes paa første, andet eller tredie Storthing efter et nyt Valg og kundgjøres ved Trykken. Men det tilkommer først det første, andet eller tredie Storthing efter næste Valg at bestemme, om den foreslaaede Forandring bør finde Sted eller ei. Dog maa saadan Forandring aldrig modsige denne Grundlovs Principer, men alene angaa Modifikationer i enkelte Bestemmelser, der ikke forandre denne Konstitutions Aand, og bør to Trediedelev af Stothinget være enige i saadan Forandring.

En saaledes vedtagen Grundlovsbestemmelse underskrives af Storthingets Præsident og Sekretær og sendes kongen til Kundgjørelse ved Trykken som gjældende Bestemmelse i Kongerigets Norges Grundlov.”

Den norske grunnloven har helt siden 1814 blitt ansett som lov i egentlig forstand, og er lenge blitt brukt aktivt av domstolene som øverste rettskilde. Med

Konstitusjonen som positiv rett og *lex superior* fulgte også domstolskontroll med lovers grunnlovsmessighet naturlig (se 2.2.5).

2.1.2.3 Konstitusjonell på to ulike måter

En rettsregel kan være konstitusjonell på to ulike måter.

For det første kan en rettsregel være konstitusjonell i *materiell forstand*, det vil si at *innholdet* i rettsregelen er bestemmende for dens trinnhøyde, ikke hvordan den er oppstått. Slike rettsregler angår etter sitt innhold forholdet mellom de øverste statsorganene eller individenes konstitusjonelle vern (Boe 1996:278). Disse rettsreglene finner man flere steder, blant annet i formelle lover, i sedvane og i plenarvedtak.

En rettsregel kan videre være konstitusjonell i *formell forstand*. Det innebærer at den blir klassifisert etter sin form og ikke etter sitt innhold. En konstitusjonell rettsregel med en slik trinnhøyde kan bare endres gjennom reglene i Grl. § 112, som setter opp beskyttende skranker for grunnlovsbestemmelsene.

Beskyttelsesmekanismene som benyttes, forsinkelsesmekanismen og kvalifisert flertall, er de vanligste også i andre konstitusjoner (Elster 2000:104). Dermed står Konstitusjonen over annen lovgivning som formelle lover og plenarvedtak (se 2.1.2.4). Enkelt sagt er alle regler som er nedskrevet i Grunnloven konstitusjonelle i formell forstand, uavhengig av sitt innhold.

Disse to betydningsalternativene faller ofte sammen, noe blant annet Helgesen (1977:196) finner problematisk. Den materielle delen omfatter samlet sett et større felt enn den formelle. En konstitusjonell sedvanerettsregel er en uskreven norm og vil dermed falle utenfor den formelle konstitusjonen. Samtidig er det et kjennetegn ved en konstitusjonell rettsregel at den bare kan endres gjennom Grl. § 112. Dette stemmer igjen overens med det formelle kravet. Ross påpeker at det som kjennetegner Grunnloven ikke er innholdet, men grunnlovskraften. Det betyr at grunnlov bare kan endres gjennom grunnlov. Men som det vil komme fram senere,

er det likevel mest sannsynlig at sedvane endres gjennom ny sedvane, og *ikke* gjennom formelle vedtak (Smith 1997:81; Castberg 1964a:51). Uskrevne normer vil sannsynligvis ikke erstattes av skrevne, selv etter lang tid. En formalisering av konstitusjonell sedvanerett kan derimot forekomme. Det er altså ikke åpenbart hvor konstitusjonell sedvanerett hører hjemme i dette etablerte begrepsapparatet. Det mest nærliggende er kanskje å plassere konstitusjonell sedvanerett under den materielle delen, ettersom slike normer ikke er skrevet inn i selve Grunnloven.

Det finnes også andre hjelpemidler for å plassere en sedvane i lovhierarkiet. Hvor sentral er regelen i forholdet mellom statsmaktene, hvor hører den etter sin karakter hjemme, hvordan passer den inn med resten av lovgivningen på sitt trinn, hvordan er rettsoppfatningen om dens trinnhøyde og til sist reelle hensyn. Mye av dette vil taes nærmere opp etter hvert.

2.1.2.4 Konstitusjonelle normer vs andre normer: *lex superior* prinsippet

Konstitusjonelle normer skiller seg fra andre normer med hensyn til ulikhet i endringsprosedyrene. Det gjelder i prinsippet enten de er skrevne eller uskrevne. Jo høyere krav endringsprosedyrene stiller, jo bedre vern har de enkelte rettighetene. Grunnloven kalles i denne sammenheng *lex superior*. Dette innebærer at rettsregler kan deles inn i et hierarki av over- og underordnede normer, der grunnlovsvedtak står høyest (Smith 2000:14). *Lex superior* statusen håndheves i Norge ved at domstolene har prøvingsrett, en praksis etablert som konstitusjonell sedvane (se punkt 2.2.5). I tilfelle motstrid mellom normer på de ulike trinnene i hierarkiet, går normer som befinner seg lenger opp i systemet foran normer som befinner seg lenger ned. Heller ikke her har det betydning om normene er skrevne eller uskrevne. Videre følger det at rettsregler lenger opp ikke kan endres eller fravikes gjennom vedtak med lavere rang (Andenæs 1998:10). Lover skal tilpasses konstitusjonen, ikke omvendt. På den annen side spiller *tolkning* av regelen en viktig rolle, ettersom endring i tolkning av en rettsregel i praksis kan ha samme effekt som å endre den

formelt. På denne måten kan nye normer på lavere trinn påvirke tolkning av regler på høyere trinn i en annen retning enn tidligere.

2.1.3 Begrepet ”sedvanerett”

”Sedvane” er den praksis som følges av mange med en viss regelmessighet, fordi den oppfattes som politisk hensiktsmessig og moralsk forpliktende (Eckhoff 1997:239; Smith 2000:11). Det fører ikke automatisk med seg en rettslig plikt til å handle slik, eller rettslige sanksjoner hvis sedvanen blir brutt. *Sedvane* vil i det følgende bli brukt om *politiske normer*.

”Rett” henviser til om praksisen er en relevant rettskildefaktor, og ikke bare en politisk kutyme. Før man kan se på statspraksis som en rettslig uskreven norm og finne dens trinnhøyde, er det avgjørende om den er rettslig relevant. Det må her nevnes at det har pågått en diskusjon blant annet mellom Eckhoff og Boe om tolkning av rettskildefaktorer i forhold til relevans, slutning og vekt (se 4.5.1.1). *Sedvanerett* brukes i denne oppgaven om *rettslige normer*.

Hele tiden kommer det til ny sedvanerett. Til forskjell fra vanlig formell lovgivning skrives den ikke ned en gang for alle. Sedvanerett er uskrevne normer som utvikler seg over tid (Elster 2000:97).

2.1.3.1 Sedvanerettens ulike funksjoner

Sedvanerett spiller flere ulike roller i forbindelse med Grunnloven.

For det første kan sedvaneretten være *utfyllende* på den måten at den fyller ”tomme rom” i Grunnloven, slik som regjeringens opplysningsplikt og Stortingets instruksjonsmyndighet. Videre kan den virke *presiserende* i en tolkning av en grunnlovsbestemmelse når denne ikke er klar nok, slik legalitetsprinsippet er hevdet å være, eller *supplerende* hvis noen deler skulle være uklare. Forfatningsbud er ofte formet som standarder og prinsipper heller enn detaljerte regler. Sedvanerett kan

også suppleres av andre sedvanerettsregler som er av lavere rang enn den selv har (Stavang 1998:125). Til slutt kan en sedvanerettsdannelse også *endre* Grunnloven. Det har det tidligere vært hevdet at det ikke har vært grunnlag for (se 4.5.1.3). I dag er det liten tvil om at endring av Grunnloven gjennom sedvanerett er mulig (Ross 1966:37-38; Castberg 1964a:49). Mer tvilsomt kan det være, i følge Castberg, om sedvanerett ikke bare kan *utvide*, men også *innskrenke* et statsorgans myndighet. Et eksempel på en sedvanerett som innskrenker slik materiell kompetanse er legalitetsprinsippet (Helgesen 1977:206). Castberg (1964a:50) finner at sedvanerett nok kan gjøre begge deler. Opsahl (1962:313) kommenterer at det kan være vanskelig å sette et skarpt skille mellom sedvaner som endrer og sedvaner som utfyller Grunnloven, ettersom det er så glidende overganger. Men sedvaner har i teorien evnen til å gjøre begge deler.

Som tidligere nevnt blir stadig flere rettsområder regulert ved lov, og sedvaneretten har gradvis fått mindre betydning. Augdahl er en av dem som har tatt klar avstand fra den tradisjonelle læren om sedvanerett (Augdahl 1949:226 flg), og hans kritikk har hatt stor betydning for at denne læren ikke lenger er enerådende i dag (Eckhoff 1997:260). Likevel har de tradisjonelle kriteriene til sedvanerett holdt stand, og stort sett forblitt uendrede. Endringen ligger i vektleggingen av andre omstendigheter rundt den enkelte normen av konstitusjonell sedvanerettslig art.

2.1.3.2 Internasjonal sedvane

Folkerett er et område som i stor grad har sitt opphav i sedvanerett, det vil si internasjonal praksis (Boe 1993:144). Sedvane og praksis er noen av de viktigste rettskildene til folkerett ved siden av traktatene. Disse har over lang tid blitt samlet og skrevet ned. Kriteriene for sedvanerett er derfor nøye gjennomgått på dette området, og de er for det meste sammenfallende med de som vil bli gjennomgått nedenfor: relativt fast praksis i tillegg til reelle hensyn som kvalitet og hensiktsmessighet. Krav til langvarig praksis er det derimot ikke enighet om. Det kan være grunn til å tro at sedvanerett *kan* etableres over korte tidsperioder (Bakken

m.fl. 2001:19). Det gjelder i så fall på områder som mangler andre kilder, men hvor det foreligger klar praksis og en rettsoverbevisning. Fleischer (1994:30) stiller opp et krav om langvarig praksis, men er mer tvilsom til om det er nødvendig med en fast positiv rettsoverbevisning innen folkerett. Så lenge man ikke betrakter praksisen som en folkerettskrenkelse behøver det ikke foreligge en rettsoverbevisning.

Som vi skal se er det for en stor del de samme betraktninger, hensyn og til dels uenigheter som ligger bak hva som skal til for at en bestemt praksis kalles sedvanerett både i internasjonal og nasjonal rett.

2.1.4 Sedvanerettens kriterier

For at en statspraksis, en sedvane, skal oppfattes som sedvanerett, er det stilt opp ulike betingelser. De vil bli kort redegjort for her, for så å undersøkes nærmere i kapittel 4. De tre tradisjonelle vilkårene er:

2.1.4.1 Langvarig praksis

Det er viktig at praksis har blitt fulgt i lengre tid. Et bestemt tidsrom for varigheten er derimot ikke fastslått i rettspraksis eller i teorien, og åpner for bruk av fritt skjønn. Utgangspunktet kan sies å være ”jo eldre, jo bedre”. Her skiller norsk teori seg fra andre land hvor det finnes tilfeller av faste regler for hvor lenge en praksis skal ha vært fulgt før den får status som sedvanerett (Stavang 1999:32).

2.1.4.2 Konsekvent praksis

Praksis på gjeldende område må være fast i sin form, det vil si være fulgt konsekvent. Dette innebærer likevel ikke at noen få unntak forhindrer at sedvanerett oppstår (Andenæs 1998:22). Andre momenter som kan tillegges vekt innen dette vilkåret er intensitet og hyppighet i bruken (Berg Wasenden 1998:313).

2.1.4.3 Rettsoverbevisning

For det tredje skal det foreligge en rettsoverbevisning, en ”opinio juris”. De som anvender en praksis skal ha gjort det i den tro at det var en rettsregel de fulgte. I dette ligger et krav om en viss undersøkelses- eller aktsomhetsplikt. Selv om kravet om ensartet rettsoppfatning i prinsippet gjelder alle berørte parter, er det ikke rimelig å avskjære en sedvanerett der et ubetydelig mindretall ikke tilfredsstiller kravet. Regelen skal oppfattes som forpliktende av de berørte politiske aktørene, helst av et flertall. Når det gjelder konstitusjonell sedvanerett og de parlamentariske prinsipper, gjelder kravet om rettsoverbevisning først og fremst for dem som til enhver tid sitter i de parlamentariske organene.

Gjelsvik (1939:79) hevder i forbindelse med kravet til opinio juris at om en rettsoverbevisning er rett eller gal spiller ingen rolle, en sedvanerett kan godt ha sitt grunnlag i en misforståelse. Dette bestrides av Augdahl som hevder at sedvane ikke kan bli sedvanerett hvis den er oppstått som følge av en villfarelse (Augdahl 1949:223).

Disse tre kriteriene er det stor oppslutning om, men de har blitt tonet ned til fordel for en tilnærming der reelle hensyn og en helhetsvurdering står mer sentralt. Det er også hevdet at de tradisjonelle kriteriene er myket opp i nyere tid og det er ikke lenger mulig eller meningsfylt å stille opp absolutte faste kriterier for sedvaneretten ettersom disse mangler praktisk betydning (Björne 1991:68; Helgesen 1977:203).

2.1.4.4 Reelle hensyn: en god regel

Reelle hensyn defineres av Boe som ”rettsanvenderens vurderinger” (Boe 1996:159). Dette innebærer at det i nyere tid er blitt mer legitimt å argumentere med rimelighet og hva som er nyttig, effektivt og godt (Eckhoff 1993:29 flg).

Et nytt krav som ofte vurderes i forhold til en sedvanerett, er om regelen er god. Det innebærer at den må være fornuftig og hensiktsmessig på sitt område. Til å begynne

med bør det også eksistere et reelt behov for en rettslig regel på gjeldende område. Med det følger at den skal lede til et godt resultat. Regelen skal betraktes som et utslag av rettsstatens eller demokratiets grunnprinsipper, og skal ikke være en uegnet eller skadelig regeldannelse på sitt område. Det gjelder både sett i forhold til utfallet av en sak og sett i forhold til andre rettskildefaktorer på gjeldende område. En må se på hvordan den vil passe inn i de samfunnsforholdene som har vokst fram. Regelen skal være fornuftig og det skal taes hensyn til den allmenne rettsoverbevisningen. Dette kriteriet går også igjen hos blant annet Helgesen (1977:218-220) og Helset og Stordrange (1998:80-82), og leder til en viss grad over i det neste kriteriet – helhetsvurderingen.

2.1.4.5 Helhetsvurdering

Defineringen av en sedvanerett bør i tillegg til de nevnte kriteriene bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering (Andenæs 1998:22; Eckhoff 1997:261). Dette innebærer blant annet at rettspraksis og juridisk teori må inngå i tolkningen av den aktuelle sedvanen (Eckhoff 1997:33). Sedvanen bør ikke stå alene, men skal sees i sammenheng med øvrige rettskilder (Berg Wasenden 1998:312). Det følger av juridisk metode. I den forbindelse er det viktig å kartlegge eventuelle andre rettskildefaktorer, for så å vurdere om disse støtter eller står i strid med sedvanen. Rettskildefaktorene det bør taes hensyn til er for det første Grunnloven, deretter følger andre som formell lov, lovforarbeider og rettspraksis. Det følger av nyere juridiske teori at momentene må sees i sammenheng (ibid).

Faktorer som at sedvanen er fornuftig og at den passer inn i det øvrige rettssystem må også vurderes (jf. 2.1.4.4). Gjelsvik (1939:80) hevder at en sedvane ikke kan skape rett hvis den er i strid med gode skikker eller med grunnlaget for samfunnet. Derimot trenger ikke sedvaneretten å være rasjonell (ibid). Andre forslag til kriterier for sedvanerett har vært at sedvane ikke blir sedvanerett før den er stadfestet ved dom. Ross nevner et kriterium som går ut på at den nye statspraksis ikke bør være forfatningsstridig. Dette finner Helgesen (1977:219) kan være en nyttig regel der

selve *handlingen* er i strid med forfatningen, men at det er mer tvilsomt der det er *rettsregelen* som står i strid med det som har vært gjeldende så langt. Disse sistnevnte kriteriene har ikke fått gjennomslag av betydning, men er momenter som kan falle inn under den helhetlige vurderingen.

2.1.4.6 Formell forankring?

Kriteriene som er nevnt hittil er oppstilt som hjelpemidler til å avgjøre om sedvanen er rettslig relevant eller ikke. Et kriterium som ikke eksplisitt nevnes i den juridiske litteraturen, er om normen har en formell forankring eller ikke. Flere av normene som følger i neste avsnitt, har sitt utspring i en formell forankring i Grunnloven. De som har dette har trekk av å være *fortolkninger* av Grunnloven, og konstitusjonell sedvanerett spiller da en presiserende, utfyllende og til tider utvidende rolle (jf. 2.1.3.1). Slike normer representerer da ikke noe brudd i forhold til eksisterende konstitusjonelle regler, og bør lettere kunne aksepteres som rettslige normer (Sejersted 2002a:34).

På den andre side finnes det normer som ikke kan sies å ha noen slik formell forankring, og konstitusjonell sedvanerett fremstår da som *nydannelser* på sitt respektive område. Enten slike normer fyller tomme rom i Grunnloven, eller rett og slett endrer den, vil de nok bli møtt med større skepsis og grundigere sammenligning med de oppsatte krav enn normer med en sterkere formell forankring.

Under den videre gjennomgangen av konstitusjonelt sedvanerettslige normer, vil også normenes eventuelle formelle forankring og hvor sterk denne er, bli nærmere undersøkt. Finnes det en fellesnevner blant normene på dette område, kan muligens formell forankring tilføyes til listen over vilkår for læren om konstitusjonell sedvanerett, for lettere å avgjøre en sedvanes status.

2.2 Normer som anses å ha status som konstitusjonell sedvanerett

Som tidligere nevnt blir stadig flere rettsområder regulert gjennom lov. Innen statsforfatningsretten har man imidlertid vært forsiktig med å kodifisere uskrevne normer. Noen kan til en viss grad utledes av bestemmelsene i Grunnloven, men de kan samtidig utledes av konstitusjonell sedvanerett. Ulike forfattere har forskjellige oppfatninger om hva som anses for å være konstitusjonell sedvanerett. Uenigheten angår både hva grunnlaget for konstitusjonelt sedvanerettslige normer er, og hvilken rekkevidde disse normene har.

Under følger en redegjørelse for de ulike uskrevne normene av konstitusjonell rang i Norge. Dette er ment som en uttømmende liste av slike normer som er nevnt av ulike juridiske forfattere. Hver norm blir forsøkt formulert, de fire sentrale kravene blir sett i forhold til normen og tilslutt følger en begrunnelse for dens konstitusjonell status gitt. Her, som i skreven rett, har det stor betydning for tolkning og anvendelse hvordan regelen formuleres. Ulike forfattere formulerer normene forskjellig, noe det taes forbehold om i den videre redegjørelsen.

Normene er altså hentet fra juridisk litteratur, det meste fra statsrett. Det kunne være interessant å gå gjennom Høyesterettsdommer og se nærmere på hva som der blir lagt til grunn for regler av konstitusjonell sedvanerettslig art, men tidsmessige hensyn tillater ikke dette. Fordi fremgangsmåten baserer seg på sentral juridisk litteratur på området, vil det kanskje også finnes andre mindre sentrale normer som ikke blir nevnt her.

2.2.1 Opphøret av den personlige kongemakt

Opphøret av personlig kongemakt er en forfatningsendring som har foregått uten at det er rørt ved den skrevne grunnlov. Denne endringen ble observert allerede i 1907 (Hagerup 1907:13).

Da Grunnloven ga regler om Kongens myndighet i 1814, mente man Kongen personlig. I dag betyr det i realiteten Kongen i statsråd eller regjeringen, det som igjen blir omtalt som statsråder i Grunnloven (Andenæs 2000a:118; Eckhoff 1964a:176). Dette er i seg selv kun en glidning i tolkning av ord og ikke det samme som konstitusjonell sedvanerett, men endringen illustrerer utviklingen i samfunnet.

Proessen som ledet fram til opphøret av den personlige kongemakt var gradvis, men ble fremskyndet av begivenheten som ledet fram til unionsoppløsningen i 1905. Denne utviklingen var ikke spesiell for Norge. Det foregikk en tilsvarende utvikling i alle demokratiske land som hadde bevart monarkiet som styreform (Andenæs 2000a:119). En personlig kongemakt er uforenelig med den demokratiske ideologi, i Norges tilfelle parlamentarisme. I et demokrati er det folkets og ikke Kongens fullmakt som skal gi de politiske statsorganene deres legitimitet. Opphøret av en slik kongemakt harmonerer på den måte godt med resten av den gjeldende forfatning, og regnes i dag for å være sikker konstitusjonell sedvanerett.

2.2.1.1 Regjeringsskifte

Reduksjonen av Kongens personlige innflytelse kommer til syne i forbindelse med regjeringsskifter. Det er viktig å poengtere at det ikke eksisterer noen konstitusjonell sedvanerett for hvordan man skal gå frem ved regjeringsskifter, kun politisk praksis. Dette avsnittet vil likevel legge frem to ulike syn på Kongens funksjon ved regjeringsskifter. Praksis ved regjeringsskifter fungerer slik som en eksemplifisering av bortfallet av Kongens personlige makt.

Stavang (1998:37-38) og Helset og Stordrange (1998:142) er av den oppfatning at Kongen er bundet av det råd som den avgående statsministeren eller stortingspresidenten gir, vedrørende hvem som skal få i oppdrag å danne ny regjering. Kongen har uten unntak i første omgang fulgt rådet fra statsministeren. Stavang finner at denne praksisen er så fast og innarbeidet at det er naturlig å anta at

det nå foreligger en *plikt* for Kongen å følge rådet han blir gitt. Det er i følge Stavang også en god regel, ettersom den sikrer at det alltid står en konstitusjonelt ansvarlig person bak dette viktige valget, samtidig som Kongen ikke personlig blir blandet inn i den partipolitiske striden. Kongen bør spille en tilbaketrukket og opphøyd rolle (Fliflet 1998:305).

Andenæs (1998:157) forfekter det motsatte syn, nemlig at det *ikke* eksisterer noen slik plikt for Kongen. Hovedpoenget er at den kongelige plikt ikke stopper ved statsministerens råd, men at Kongen i tillegg skal forholde seg til stortingspresidenten eller gruppelederne når den parlamentariske situasjon er så uklar at den tilsier det.

Den klareste forskjellen mellom de to standpunktene viser seg der Andenæs gir plass for et visst skjønn fra Kongens side når dette måtte være nødvendig (ibid). Dette støttes også av Castberg (1963:351), som hevder at Kongen i en regjeringskrise står friere enn hva han ellers ville gjort. Under Kings Bay saken uttalte også daværende justisminister Jens Haugland, som kritikk av Finn Gustavsen, at dannelsen av en ny regjering hvilte på Kongens personlige vurdering. Noe annet ville være en krenkelse av Grl. § 12. Dette er igjen kommentert som misvisende (Wilberg 1963:339 flg.). Som tidligere nevnt ser Stavang det som et gode at Kongen *ikke* blir personlig innblandet i den partipolitiske striden, og burde forholde seg nøytral (Stavang 1998:38).

2.2.1.2 Kontrasignaturreglene

Grunnlovens regler om Kongen er i dag å anse som regler for regjeringen. I tiden som fulgte 1814 rådet en oppfatning om at statsministeren hadde plikt til å kontrasignere Kongens beslutning, uten hensyn til om han var enig i beslutningen eller ikke (Andenæs 1998:154), jf. Grl. § 31. Etter parlamentarismens gjennombrudd i 1884 vokste det frem en oppfatning om at statsministeren både hadde rett og plikt til å *nekte* å kontrasignere en beslutning regjeringen protesterte

mot. Dette ble satt på spissen i 1905, da regjeringen Michelsen begjærte sin avskjed etter å ha avslått å kontrasignere Kongens beslutning om å nekte sanksjon på konsulatloven. Med dette ble siste rest av den personlige kongemakten avskaffet (Nordby 2000:75). Det har heller ikke senere vært bestridt at regjeringen kan nekte å kontrasignere. I 1911 var det med Grl. § 31 kommet en bestemmelse som skulle gjøre det klart at kontrasignatur medfører ansvar for Kongens beslutning og kan nektes (Castberg 1964b:269). Men selv om kontrasignaturreglene innebærer at regjeringen kan hindre Kongen fra å treffe beslutninger den er uenig i, er det rettslig sett fortsatt like nødvendig med både Kongens signatur og statsministerens kontrasignatur for å få i stand en gyldig beslutning (Andenæs 1998:155).

For øvrig er det uenighet om Kongen har plikt til å signere en beslutning lagt frem for han, eller om han på sin side kan nekte å kontrasignere. Andenæs mener Kongen har rett til å nekte å signere, ettersom det først er ved hans signering beslutningen får rettsvirkning. Fleischer og Eckhoff finner derimot at Kongens rett til å nekte en slik signering har falt bort (Bårdsgård 2001; Eckhoff 1964a:173). Uenigheten om denne statsskikken er fastslått ved konstitusjonell sedvanerett eller ikke, har nok ingen praktisk betydning siden det under normale forhold ikke vil bli satt på spissen. Dessuten finnes det ingen sanksjoner mot det forfatningsbrudd at Kongen nekter å underskrive regjeringens beslutning. Det følger av Grl. § 5 at det ikke eksisterer noe ansvar for Kongen om han opptrer forfatningsstridig.

2.2.2 Parlamentarismen: mistillitsvotum og kabinettsspørsmål

Det parlamentariske prinsipp kjennetegnes av at den utøvende myndighet har sitt utspring i den lovgivende forsamling (Rasch 1995:42). Kongen må velge sine rådgivere blant personer som nasjonalforsamlingens flertall aksepterer (Andenæs 2000a:119). Den norske parlamentarismen betegnes som negativ parlamentarisme. Det betyr at det ikke eksisterer noe krav om en positiv tillitserklæring fra

lovgivende til utøvende makt (Andenæs 1998:142), og en regjering kan dermed bli sittende inntil den blir kastet.

2.2.2.1 Mistillitsvotumet

Den rettslige kjernen i denne negative parlamentarismen er mistillitsinstituttet (Rasch 2000:94). Mistillitsinstituttet innebærer at regjeringen til enhver tid står ansvarlig overfor Stortinget. Den har en rettslig så vel som politisk plikt til å gå av etter at et mistillitsforslag har fått flertall i Stortinget. Det er allment akseptert at en regjering kan bli stilt for Riksrett ved å bli sittende etter et mistillitsvotum, ettersom en slik handling vil være å anse som et statskupp.

Regelen om mistillitsvotum finner vi ikke spesifikt uttrykt verken i Grunnloven eller noen annen formell lov. Den er først og fremst etablert som følge av konstitusjonell sedvanerett. Overgangen til det parlamentariske styresettet foregikk uten noen formell grunnlovsendring via § 112, og utviklet seg i stedet over tid. Det er vanlig å trekke fram 1884 som et sentralt år i parlamentarismens norske historie, men praksisen kan ikke sies å være etablert som konstitusjonell sedvanerett før i 1905 (Nordby 2000:9; se 3.3.2).

Praksisen for mistillitsvotumet er ikke omfattende og den har heller ikke vært konsekvent. Et eksempel er Fredrik Stangs oversittelse av mistillitsvotumet i 1893. Til tross for dette kan det argumenteres for at praksisen er relativt klar og fast. Om kravet til ”*opinio juris*” forelå på tiden rundt forrige århundreskifte kan diskuteres, siden parlamentarismen klart brøt med eksisterende statsskikk. Til tross for uklarheten om rettsoverbevisningen, var det ingen uenighet om mistillitsvotumets følger da respekten for styresettet ble satt på prøve i 1908 (Nordby 2000:95). Striden den gang dreide seg heller om hva negativt flertall førte med seg, noe jeg snart komme tilbake til. Om regelen kan sies å være god avhenger av øynene som ser. Rundt forrige århundreskifte stod striden mellom et ønske om folkesuverenitet og en idé om maktbalanse. For de som støttet folkesuverenitetstanken, var

mistillitsvotumet en god regel, og det er også enighet om i dag. Det faktum at regelen angår forholdet mellom to statsmakter gir denne sedvaneretten konstitusjonell status.

Fliflet (1998:304) og Castberg er to jurister som har hevdet at parlamentarismen også har en ”klar, utvetydig og udiskutabel ” formell forankring gjennom Grunnlovens bestemmelser om Stortingets og Kongens myndighet. Etter endringen om statsrådenes adgang til å delta i Stortingets forhandlinger i 1884 kan det sies å ligge en basis for parlamentarisme i Grunnloven selv (Castberg 1964a:208). Også Grl. § 30 tredje ledd om statsrådenes plikter og ansvarlighetsloven § 11 har blitt påberopt som formelt grunnlag for mistillitsvotumet (Fliflet 1998:304; Castberg 1964a:208). Stemmer det, utgjør denne konstitusjonelle sedvaneretten en fortolkning av eksisterende lov, og ikke en nydannelse som er den vanlig oppfatningen. Tolkningen av Grunnloven som kilde for parlamentarismen har ikke fått bred støtte blant øvrige jurister, men det illustrerer den mulighet at det *kan* finnes en viss formell forankring bak den eksisterende norske styreformen.

En variant av mistillitsinstituttet finnes i *negativt flertall*. Det foreligger når flere mistillitsforslag får flertall til sammen, men ikke hver for seg. Det er stor enighet blant jurister om mistillitsvotumets rettslige stilling, og som vi skal se er det tilsvarende stor uenighet om kabinettspørsmålets. Det ser ut til at der kabinettspørsmål og negativt flertall alene ikke betraktes som rettslig bindende, fører de to *til sammen* til en plikt for regjeringen å søke avskjed (Stavang 1976:433-434). I følge Stavang er det stor oppslutning om dette i statsrettslig teori, og praksis etter annen verdenskrig stemmer også godt overens med dette synet (Rasch 1986:94).

2.2.2.2 Kabinettspørsmålet

Et annet sentralt aspekt ved parlamentarismen er kabinettspørsmålet. Dette virkemiddelet tilfaller regjeringen, som kan sette sin stilling inn på at en sak får et

bestemt utfall i Stortinget. Stemmer stortingsflertallet i disfavør av regjeringen, viser praksis at regjeringen alltid går av. Spørsmålet er om regjeringen har *plikt* til å søke avskjed etter et tapt kabinettsspørsmål.

Den siste regjeringen som stilte sine plasser til disposisjon som følge av et kabinettsspørsmål, var regjeringen Bondevik i mars 2000. Bondevik var den tiende statsministeren i rekken til å gjøre dette, noe som viser en lang og fast praksis. Om det foreligger en opinio juris om normen er vanskeligere å avdekke. Men gjennom uttalelser i stortingsdebatter og bemerkninger i stortingsmeldinger kommer det frem at det i det politiske miljø eksisterer en ledende mening om at tapt kabinettsspørsmål medfører en rettsplikt til å gå av (Stavang 1976:431; Hansen og Mo 1993:118). Normen står heller ikke i strid med andre på sitt felt, og kan dermed sies å være en god regel.

Hylland (1985:54) argumenter for at normen må være rettslig bindende for at den skal være effektiv for regjeringen som pressmiddel. Ved å gjøre det til en rettsplikt å stille sine plasser til disposisjon etter tapt kabinettsspørsmål, beholdes troverdigheten som en reell trussel overfor Stortinget. Samtidig er kabinettsspørsmålet med på å styrke det demokratiske system fordi effektiviteten og ansvarligheten øker ved å la regjeringen stille et slikt ultimatum til Stortinget (ibid). Også denne sedvaneretten har konstitusjonell status fordi den angår forholdet mellom statsmaktene regjering og storting.

Et motstridende syn hevder at det ikke kan oppfattes som et brudd på noen rettsregel dersom en regjering etter et tapt kabinettsspørsmål skulle bli sittende, selv om dette politisk sett er uklokt. Man løper heller ingen risiko for at en regjering blir sittende mot stortingsflertallets vilje, fordi Stortinget når som helst kan fremtvinge en regjeringsavgang gjennom et mistillitsvotum (Andenæs 1998:152). Sett på denne måten er ikke kabinettsspørsmålet en nødvendig regel på sitt felt. Jeg vil ikke gå nærmere inn i diskusjonen om kabinettsspørsmålets rettslige stilling, og nøyer meg med å konstatere at det foreligger ulike oppfatninger.

2.2.3 Legalitetsprinsippet

I følge Eckhoff (1994:137) går legalitetsprinsippet ut på at ”visse tiltak på grunn av sitt innhold krever hjemmel i lov”. Prinsippet legger bånd på offentlige myndigheters adgang til inngrep overfor den enkelte. Det betyr at det kreves hjemmel etter særlig rettsgrunnlag (Kraby 1996:145). Normen gjelder uavhengig om inngrep skjer i form av generelle eller individuelle tiltak. Det er likevel spesielt viktig i individuelle tilfeller for i størst mulig grad beskytte individet mot overgrep fra staten. Legalitetsprinsippet gjelder både rettslige og faktiske inngrep. Videre har prinsippet i første rekke betydning for forvaltningen, men det setter også grenser for lovgivende og dømmende virksomhet.

Praksisen for legalitetsprinsippet er ”gammel og grunnfestet” (Eckhoff 1963:233). Det forekommer stadig at domstoler underkjenner forvaltningsavgjørelser fordi de ikke har hjemmel i lov (Andenæs 1988:176). At domstolene utøver prinsippet og ikke får protester mot det, verken fra politikere eller jurister, tyder på en sikker *opinio juris* blant dem det angår. Til slutt er legalitetsprinsippet et viktig demokratisk prinsipp (Fleischer 1995:146). Det, sammen med dets funksjon som en beskyttelse for individer mot statsmakten (Eckhoff 1963:233), gjør normen til en god og hensiktsmessig regel. Legalitetsprinsippet er av svært sentral betydning og regulerer forholdet mellom statsmakter og individer. Det gir sedvaneretten en trinnhøyde på konstitusjonelt nivå.

Eckhoff (1963:233) finner at holdepunkter for legalitetsprinsippet, som hevdes å eksistere i Grunnlovens ordlyd, er usikre. Andenæs hevder derimot at enkelte anvendelser av legalitetsprinsippet faktisk *er* slått fast i Grunnloven. For eksempel er bindingen i Grl. § 96 om at ingen kan dømmes uten etter lov rettet mot domstolene. Videre er Grl. § 99 om at ”ingen kan anholdes fengslig uten i lovbestemt tilfelle og på den ved lovene foreskrevne måte” rettet mot politi og andre forvaltningsmyndigheter (Andenæs 1998:176). Dette kan sies å være den

formelle forankringen for legalitetsprinsippet som konstitusjonell sedvanerett, selv om det er omdiskutert. Til tross for disse bestemmelsene, er den mest utbredte oppfatningen at det ikke er noe generelt uttrykk for legalitetsprinsippet i Grunnloven. Prinsippet er heller slått fast ved langvarig og sikker praksis, som en utvidet fortolkning av allerede eksisterende regler i Grunnloven.

2.2.4 Domstolenes uavhengighet

Prinsippet om domstolenes uavhengighet fra de andre statsmaktene stammer fra Montesquieus maktfordelingsprinsipp (Nordby 2000:55,58). Dette prinsippet ble i stor grad fulgt av forsamlingen på Eidsvoll i 1814, da den norske grunnloven ble skrevet ned. Selv om den opprinnelige maktfordelingen mellom Konge og storting ble avløst av parlamentarismen, har domstolene beholdt sin plass i systemet. Sagt på en annen måte har maktfordelingsprinsippet grunnlovsmessige betydning i dag først og fremst interesse i forholdet mellom domstolene og de øvrige statsmakter. Dette til tross for at domstolene ikke alltid har blitt ansett for å være virkelige statsmakter (Eckhoff 1964a:176). Det er det i dag ingen tvil om.

Uavhengighet består av to forhold (Boe 1993:484). For det første er dommerne etter Grunnloven uavsettelige embetsmenn. Dertil kan ikke dommere pålegges å dømme på en bestemt måte. Dette er selve kjernen i rettsstaten, og skal blant annet sikre dommernes upartiskhet (Eckhoff 1964b:109 flg). Storting og regjering skal ikke påvirke utfallet i en rettssak, men Stortinget kan endre loven hvis de mener domstolene dømmer uheldig. Videre innebærer ikke domstolenes uavhengighet bare at de er uavhengige av statsmaktene, men også av hverandre. Domstolene er organisert i et hierarki der Høyesterett er den øverste klageinstans, jf. Grl. § 88 (Andenæs 1998:162).

I praksis har domstolene vært uavhengige i lang tid. Allerede på eneveldets tid fulgte Kongen domstolenes avgjørelser uten å gripe inn, selv om han da i prinsippet var øverste dommer (Andenæs 1998:163; Hiorthøy 1964:296). Denne lange

varigheten har blitt fulgt av en rettsoverbevisning om at domstolene *skal* være uavhengige. Det kommer også til uttrykk i Grunnloven gjennom dens kapittelinnndeling i lovgivende, utøvende og dømmende makt. Også Grl. § 88 om at Høyesterett ”dømmer i sidste instans” og § 90 om at Høyesteretts dommer ikke kan påankes, viser indirekte domstolenes uavhengighet.

Praksisen med uavhengige domstoler oppfyller kravet om en god regel ved at den skaper en tillit hos befolkningen til domstolene og til dommernes evne og vilje til å ta upartiske avgjørelser. Dessuten er prinsippet svært viktig for å ivareta borgernes rettssikkerhet. Ettersom normen regulerer forholdet mellom domstolene og storting og regjering, kan den karakteriseres som *konstitusjonell* sedvanerett.

En prinsipperklæring om domstolenes uavhengighet og selvstendighet er ikke befestet i Grunnloven, og hvis en ser på Grunnloven er det påfallende hvor liten plass Høyesterett er viet når man tenker på dens sentrale plass i statssystemet i dag. Enda mer påfallende blir det når en ser vektleggingen av Riksretten som institusjon, i forhold til dens tilbaketrunkne rolle i dagens politiske system. Riksretten er for øvrig foreslått fjernet i en utvalgsrapport fra 2002, men dette ligger utenfor temaet i denne oppgaven. Det sentrale her er at domstolenes uavhengighet er å anse som sikker konstitusjonell sedvanerett.

2.2.5 Domstolenes prøvingsrett

Grunnloven har som nevnt alltid blitt betraktet som gjeldende rett i Norge. Prøvingsretten er en naturlig følge av at Grunnloven har høyeste rangorden etter lex superior prinsippet. Det følger av trinnhøydesystemet at prøvingsretten må håndheves for at den skal være en realitet.

Domstolenes prøvingsrettelige kompetanse gjelder overfor forvaltningsvedtak i forhold til lov og grunnlov, så vel som for lover i forhold til grunnlov. Når betegnelsen ”konstitusjonell sedvanerett” brukes om prøvingsretten, refereres det

her til domstolenes rett til å prøve om lovgivning er grunnlovsmessig. Hvis en lov er i strid med Grunnloven er det domstolens plikt å sette den til side (Andenæs 1998:290), og unnlate å anvende den i foreliggende sak. En lov kan derimot ikke erklæres ugyldig. Det er opp til Stortinget å endre den slik at den ikke lenger er grunnlovsstridig. Domstolskontroll med lovgivning betyr at de grensene Stortinget setter for sin egen handlefrihet som lovgiver, ikke uten videre vil være de endelige (Smith 2002:156). Det er domstolenes oppgave å avgjøre eventuelle konflikter om disse grensene for handlefrihet. De skal bruke både lov og grunnlov i sine domsavsigelser, og i tilfelle konflikt skal Grunnloven gis forrang som den høyere rettskilde. Domstolene kan da sette en lov til side i de tilfeller som blir brakt inn for retten gjennom søksmål (Andenæs 1998:289). Dette gjelder ikke bare Høyesterett, men enhver domstol som blir forelagt en sak som må avgjøres ved hjelp av Grunnloven (Smith 1993:20). Prinsipielle spørsmål av denne karakter vil likevel ofte være gjenstand for anke eller kjæremål, slik at Høyesterett i siste instans avgjør spørsmålet. Som følge av manglende initiativrett kan ikke domstolene ta stilling til strid mellom statsmaktene som ikke berører private individers rettsstilling. Til tross for dette er det likevel naturlig å gå ut fra at konstitusjonelle spørsmål som er av betydning for utfallet i den enkelte sak eller mer generelt, vil bli brakt inn for Høyesterett (Smith 1993:20).

I motsetning til Høyesterett i Norge, har de fleste forfatningsdomstolene i Europa initiativrett. Det, sammen med det faktum at deres eneste oppgave er å kontrollere lovers grunnlovsmessighet, gjør at de er langt mer aktive enn Høyesterett i Norge. Prøvingsrettens intensitet i Norge har for øvrig gått i bølger, med en aktiv periode fra 1910 til 1930, deretter en mer forsiktig periode fram til 1970-tallet, for så i den senere tid igjen ha økt (C. Smith 2000). Men også forfatningsdomstoler kan begrenses gjennom retningslinjer i grunnloven. I Sverige og Finland er det slått fast at det bare er ”uppenbar” grunnlovsstrid som gir grunnlag for å sette lovbestemmelser til side. I Norge foreligger det ingen klar grense, men prøvingsrettens intensitet er generelt lav. Domstolene legger stor vekt på Stortingets

ønsker slik at de folkevalgtes vilje ikke blir satt til side av domstolene. På samme tid fungerer prøvingsretten som en kontroll på de folkevalgte, slik at disse ikke setter seg utenfor Grunnlovens grenser.

Norge var det første landet i Europa som hadde domstoler med prøvingsrett (C. Smith 2000), og over tid ble praksisen etablert som konstitusjonell sedvanerett gjennom omfattende retts- og statspraksis (Smith 2000:42). Der parlamentarismen historisk har utvidet Stortingets spillerom overfor den utøvende makt, tjener prøvingsretten til å begrense spillerommet (Smith 2002:155). Det er hevdet at prøvingsretten fikk økt betydning etter parlamentarismens gjennombrudd, fordi det innebar en kontroll over Stortinget som Kongen tidligere hadde hatt gjennom sin sanksjonsnektelse. Denne sanksjonsnektelsen var ofte begrunnet med at loven var grunnlovsstridig (Andenæs 1998:46). Etter at Kongen mistet sin personlige makt, overtok domstolenes prøvingsrett denne funksjonen som en kontroll på lovgivende myndighet. Det innebærer likevel ikke at prøvingsretten kom som en følge av parlamentarismen. Domstolenes prøvingsrett var allerede etablert og praktisert i flere år før dette (se kapittel 3).

Læren om prøvingsretten er sterkt befestet i den norske rettsanvendelsen. Ettersom den i flere tilfeller har satt lover til side som grunnlovsstridige og utøvd sin prøvingsrett, har for eksempel Høyesterett de facto anerkjent læren om konstitusjonell sedvanerett og tatt den for gitt. Normen har også en formell forankring, selv om den ikke kan utledes direkte av Grunnloven. Prøvingsretten er kodifisert i norsk rett gjennom menneskerettsloven 21.mai 1999 nr.30, med forankring i Grl. § 110c. Slik jeg ser det svekker ikke en slik kodifisering prøvingsretten som konstitusjonell sedvanerett, men er kun et utslag av et ønske om å presisere retten som helhet. At en slik norm ikke formelt er skrevet inn i Grunnloven viser også en tro på at det ikke er nødvendig. Som det kommer frem senere skal en likevel være forsiktig med å tro at ingen vil utnytte det faktum at visse grunnleggende rettsregler ikke er nedfelt i lov.

Ved utøvelsen av prøvingsretten markerer Høyesterett at landet ikke bare er et demokrati, men også en rettsstat. Det kommer til uttrykk ved at den vokter og setter grenser for Stortingets lovgivning. Dessuten kan opprettelsen av forfatningsdomstoler i de fleste andre europeiske land, tyde på at praksisen er en god regel av stor betydning som har en reell og hensiktsmessig funksjon i en rettsstat.

2.2.6 Stortingets instruksjonsmyndighet overfor forvaltningen

Med utgangspunkt i Grl. § 3 og sedvanerettslige regler, finner Smith (1999:49) at Stortinget har en generell instruksjonsmyndighet overfor forvaltningen. Det betyr at Stortinget har kompetanse til å vedta rettslig bindende pålegg til regjeringen om hvordan den skal utøve sin myndighet. Disse gis ved vanlig plenarvedtak. Adgangen til å gi generelle regler om myndighetsutøvelse gjelder under forutsetning av at enkeltindividers rettsstilling ikke blir berørt på en slik måte at legalitetsprinsippet kommer inn (Andenæs 1998:223). Stortinget *behøver* altså ikke instruere regjeringen. Dette er en supplerende kompetanse Stortinget har, som altså er sekundær, men overordnet hvis den først blir brukt.

Instruksjonsmyndigheten utøves innen hierarkiet i forvaltningen. I det parlamentariske system har statsråden ansvar for seg selv og det som skjer, eller ikke skjer, i departementet og i underliggende forvaltningssektor. Men det gir bare mening å snakke om et slikt ansvar hvis statsråden har rettslig adgang til å påvirke den virksomhet vedkommende bærer ansvaret for. Ansvaret rekker på denne måten like langt som statsrådets myndighet til å instruere (Smith 1999:50).

En lang og fast praksis fra mellomkrigstiden til i dag (se kapittel 3), har også blitt fulgt av en rettsoverbevisning om at Stortinget faktisk har instruksjonsrett. Det hadde i hvert fall ikke kommet frem noen innsigelser mot normen, før den plutselig

hadde eksistert så lenge at en måtte si at det forelå en *opinio juris*. Hvordan og mer presist når den oppstod er derfor svært vanskelig å avdekke. Litteraturen om emnet forholder seg stort sett taus om normens opphav, men Andenæs (1998:224) slår fast at normen nå må sies å være etablert som konstitusjonell sedvanerett.

Av Grl. § 19 går det frem at Stortinget har instruksjonsmyndighet med hensyn til forvaltningen av statens eiendommer. Utover det har den tradisjonelle oppfatningen vært at Stortinget ikke kan treffe bindende avgjørelser i konkrete tilfeller på de områder som ved Grunnloven er lagt til Kongen. Under parlamentarismen har imidlertid prerogativenes politiske rolle blitt redusert, og i nyere forfatningsteori har det vært skepsis overfor den tradisjonelle prerogativlæren (Andenæs 1998:272). Det følger ikke av Grunnloven at Stortinget mangler kompetanse til å gi regjeringen bindende direktiver på prerogativenes område, og hensynet til harmoni i rettssystemet kan i følge Andenæs (*ibid*) tale for at det er et gode å stille seg fritt til den tradisjonelle lære. Stortingets instruksjonsmyndighet anses for å være en god regel, som hjelper til å balansere forholdet mellom Storting og regjering i det parlamentariske system. Det er kanskje det viktigste hensynet bak normens etablering som konstitusjonell sedvanerett.

2.2.7 Regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget

Regjeringen har en alminnelig, ulovfestet informasjonsplikt overfor Stortinget. Institusjonelt er regjeringen Stortingets viktigste kilde til informasjon, og regjeringens plikt til å legge frem opplysninger for Stortinget har ofte gitt grunnlag for politisk strid.

Det kan stilles spørsmål ved pliktens omfang og grunnlag. Hovedregelen er likevel at alle relevante opplysninger omkring en sak skal legges frem for Stortinget.

Informasjonspliktens rettslige basis er en kombinasjon av lov og praksis, det vil si

lov og konstitusjonell sedvanerett (Boe 1993:450). Det verserer ulike oppfatninger om hvor regelen er hjemlet. Ansvarlighetsloven § 9 påberopes gjerne som grunnlag, men gjelder etter sin ordlyd noe annet, og kan i følge Fredrik Sejersted (2000) i beste fall bare brukes som et rettslig støtteargument. Rettsregelen om regjeringens opplysningsplikt er en uskreven norm som gradvis har fått status av å være konstitusjonell sedvanerett, noe som også får støtte i Stortingets utvalg for utredning av Stortingets kontrollfunksjoner (Rapport til Stortinget (2002-2003):40-41).

Statusen som sedvanerett har kommet til samtidig som de ulike kravene som stilles til en slik er blitt oppfylt. At normen bygger på langvarig og fast praksis er sikkert. Regjeringen har siden 1814 på eget initiativ gitt Stortinget mer informasjon enn skreven rett krever (Sejersted 2002a:671; se nærmere kapittel 3). Det er vanskeligere å påvise en klar rettsoverbevisning. Uttalelser i tiden 1920 til 1980 viser at opplysningsplikten i stor grad har blitt oppfattet som en *politisk* norm (Sejersted 2002a:672 flg). Etter statens granskning av Reksten-rederiet i årene 1985 til 1990 oppstod det derimot en debatt om opplysningsplikten og dens karakter, der utfallet ble at denne ble ansett for å være en *rettslig* norm. Dette har blitt direkte uttalt flere ganger. En av de siste gangene var etter Telianor-saken, som nesten utelukkende handlet om opplysningsplikt. Samtlige politiske partier ga da eksplisitt sin tilslutning til att dette er en rettsnorm (Sejersted 2002a:682). I de senere årene har også flere sentrale juridiske forfattere omtalt opplysningsplikten som rettsnorm, og det må dermed sies å foreligge en *opinio juris* om normen.

I tillegg må en vurdere om det finnes et behov for en rettsregel på området og om en slik regel vil være god. Det er to grunntrekk ved vårt styringssystem som støtter opp om regjeringens opplysningsplikt (Smith 1997:19). For det første er Stortinget tillagt mange viktige oppgaver, og disse kan bare utføres forsvarlig hvis Stortinget har tilgang til alt nødvendig materiale. Dette kan regjeringen i stor grad bidra til. For det andre må opplysningsplikten sees i sammenheng med det parlamentariske system, der regjeringen er avhengig av tillit hos nasjonalforsamlingen for at den

skal kunne håndtere og utføre sine oppgaver tilfredsstillende. Stortinget må kunne stole på at det blir forelagt all relevant informasjon. Ved at det blir det opprettholdes deres tillit til regjeringen slik det parlamentariske systemet krever.

Det finnes også andre hensyn som taler for en god regel, så som at normen passer godt inn i det øvrige rettsbildet. Dessuten representerer opplysningsplikten en mindretallsgaranti, som innebærer at et parlamentarisk mindretall er sikret å få dekket sitt behov for informasjon fra regjeringen (Sejersted 2002a:686). Den eneste måten å beskytte en slik mindretallsregjerings rettigheter mot flertallet, er ved opplysningsplikten som en norm med rettslige følger.

Opplysningsplikten kan sies å være konstitusjonell med bakgrunn i den samme begrunnelsen. Praksisen er av sentral betydning for forholdet mellom statsmaktene og den passer godt inn i den øvrige statsforfatningen (Sejersted 2002a:687). Dette innebærer at den har forrang fremfor lover og plenarvedtak.

2.2.8 Andre normer av konstitusjonell sedvanerettslig art?

2.2.8.1 Retten til dannelse av politisk parti

I en Høyesterettskjennelse fra 1997.11.28 (Kjuus-dommen), kommer det fram at ”det er mye som taler for at retten til å danne politiske partier i dag følger av konstitusjonell sedvanerett”.

Partidannelse har utviklet seg over lang tid. Som gjennomgangen i kapittel 3 vil vise, oppstod de første partiene i Norge i 1884. Flere partier har kommet til etter hvert, og ingen har kommet med noen motforestillinger mot det å stifte politiske partier. Det største godet ved normen er kanskje dens styrking av ytrings- og organisasjonsfriheten. Samtidig er partier effektivt og nødvendig i dagens parlamentariske system.

Normens formelle forankring finnes i dag i valgloven av 1.mars 1985 nr. 3 § 17. Det oppstilles ikke annet enn visse formkrav og krav om et visst antall underskrifter fra stemmeberettigede, for å få et parti registrert. Det foretas altså ingen kontroll av et eventuelt partiprograms innhold av en høyere instans. Disse formkravene, samt Grl. § 100, EMK artikkel 10 om ytringsfrihet og retten til organisasjonsfrihet, kan fungere som denne konstitusjonelle sedvanerettens formelle forankring. Det legges likevel vekt på at grupperinger som ikler sine standpunkter formen av et partiprogram, ikke skal stå fritt til å forfekte ethvert syn. Kjuus-dommen angikk for eksempel en strid mellom Grl. § 100 om ytringsfrihet, i dette tilfellet gjennom et politisk parti, og straffeloven § 135a om forbud mot å spre rasistiske ytringer. Dommen kommer dessverre ikke med noen ytterligere begrunnelser for hva som taler for å betrakte retten til å danne et politisk parti som konstitusjonell sedvanerett.

2.2.8.2 Stortingsrepresentantenes uavhengighet

Castberg (1935 I:326) finner at også stortingsrepresentantenes uavhengighet er å anse som konstitusjonell sedvanerett, selv om begrepet ”konstitusjonell sedvanerett” ikke blir direkte brukt. Representantene kan ikke kun betraktes som talsmenn for sitt respektive fylke, men for landet som helhet. Likeledes kan de, når de først er valgt, ikke motta rettslige bindinger om hvordan de skal utøve sitt stortingsverv fra noe hold, verken fra parti, velger eller distrikt (Andenæs 1945:135-136). Eckhoff (1964a:192) påpeker at representantene etter dannelsen av partiene Høyre og Venstre mistet noe av sin uavhengighet, og i stedet ble avkrevd lojalitet overfor det partiet de representerte. Men selv om stortingsrepresentantene utsettes for normpress fra mange ulike kanter, kan det ikke legges noen *rettslige* føringer på dem. Representantene kan følge sin egen overbevisning i alle avstemninger. Stortingsrepresentanter er for det første uavhengige av sine velgere siden vi ikke har bundet mandat i Norge, og for det andre av sitt eget parti. Det foreligger ingen plikt til å følge sitt parti i ett og alt, selv om en beslutning i en partigruppe stort sett har den effekt at representantene følger den. Et slikt direktiv har likevel ingen rettslig

virkning (Castberg 1935 I:327, se også Castberg 1964a:277; Helgesen 1977:208; Wilberg 1962:223). Eckhoff (1964a:50) påpeker at lojalitet overfor partiet kun er en politisk norm, en ”ikke-rettslig norm for parlamentarisk atferd”. Det samme gjelder for direktiver som er uttrykt i et partiprogram. En representant som handler i strid med sitt partis retningslinjer, handler ikke rettsstridig, selv om det kan være politisk uklokt. På samme måte kan en representant tre ut av det partiet han tilhørte da han ble valgt, uten at stortingsvervet tapes. Skal en regel som hevder noe annet innføres, må det skje ved en grunnlovsendring (ibid).

2.2.8.3 Stortingets vedtakelse av skattebeslutninger i plenum

For den materielle lovgivning for øvrig gjelder krav om lovs form. Det gjelder ikke for skattebeslutninger.

Skattebeslutninger kan i tillegg til å vedtas i lovs form, også vedtas av et samlet storting ved vanlig flertall. Det er slått fast i Stortingets forretningsorden § 48. Beslutningen blir dermed å betrakte som et vanlig plenarvedtak som er gyldig uten sanksjon fra Kongen (Andenæs 1998:201). Ved å styrke plenum på bekostning av avdelingene i Stortinget, ble området for Kongens veto redusert (Nordby 2000:246). Dette har ingen betydning i dag, men det er den samme fremgangsmåten som benyttes. Selve skatteloven ble fortsatt, og blir det i dag, vedtatt i avdelingene som vanlig lovvedtak. Praksisen er lang og fast (Nordby 2000:244), og det vil være rimelig å si at det blant stortingsrepresentantene foreligger en rettsoverbevisning om at det er en rettsregel de følger. Skal man endre denne regelen, vil man følgelig måtte gjøre det gjennom prosedyrene beskrevet i Grl. § 112.

Som en motsetning til vanlige plenarvedtak skal skattebeslutninger kunngjøres i Norsk Lovtiden. Også Grl § 75a inneholder en annen regel for skattepålegg, som har som effekt at skattebeslutningene er av begrenset varighet og må fornyes hvert år. Trinnhøyde som konstitusjonell får sedvaneretten ved at den angår forhold som definerer hvordan Stortinget fatter vedtak som angår individet.

2.2.8.4 Regjeringens konsultasjonsplikt

Regjeringens konsultasjonsplikt er hjemlet i Stortingets forretningsorden § 13, men er også hevdet å ha status som sedvane (Stavang 1999:323) og konstitusjonell sedvanerett (Sejersted 2002a:549 flg). Gjennom forretningsordenens § 13 har Stortinget sikret seg innflytelse på utenrikspolitikken ved bruk av Den utvidede utenrikskomité. Dennes oppgave er å drøfte viktige utenrikspolitiske, handelspolitiske og sikkerhetspolitiske spørsmål med regjeringen. På denne måten er regjeringen bundet til å konsultere Stortinget før den treffer viktige avgjørelser innen disse politiske områdene. Andenæs (1998:251) ser dette kun som en politisk forpliktelse for regjeringen, mens andre finner støtte for at denne plikten er av rettslig karakter.

Fredrik Sejersted (2002a:551) argumenterer for at kravene til sedvanerett må anses som oppfylt. For det første er denne praksisens fasthet og varighet uproblematisk. Regjeringen har fra 1920-tallet løpende orientert og konsultert Stortinget om viktige utenrikspolitiske saker etter en relativt fast prosedyre. Videre legger Sejersted frem momenter som støtter opp om kravet til rettsoverbevisning. Selv om en slik opinio juris alltid er vanskelig å kartlegge, finnes det støtte i uttalelser fra partier og komiteer for at konsultasjonsplikten er en sedvanerettsdannelse av konstitusjonell rang (ibid). Til slutt taler de reelle hensynene for at regjeringens konsultasjonsplikt kan utledes av konstitusjonell sedvanerett. Ved å gi Stortinget medkontroll på et område som opprinnelig ligger under regjeringen, og samtidig gi regjeringen mulighet til å få parlamentarisk støtte for sine avgjørelser, representerer regelen et gode for det parlamentariske system. Selv om Stortinget skulle oppheve forretningsordenens § 13, vil regjeringens konsultasjonsplikt likevel bestå som følge av sikker konstitusjonell sedvanerett. Regelen kan altså utledes *både* av forretningsordenens § 13 og konstitusjonell sedvanerett (se 4.5.4).

2.2.8.5 Ileggelse av tilleggsskatt

Våren 2000 fastslo Høyesterett, gjennom avgjørelser i tre prinsipielt viktige saker, at dobbelstraff er ulovlig. For Norges del er det spesielt viktig i forbindelse med illeggelse av tilleggsskatt, som etter avgjørelsene er å anse som nettopp en slik dobbelstraff. Avgjørelsene kom på bakgrunn av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. Den som har fått bot eller fengsel for skatteunndragelse kan ikke samtidig ilegges såkalt forhøyet tilleggsskatt. Omvendt kan ikke den som er ilagt tilleggsskatt etterpå stilles for de vanlige straffedomstolene.

Ligningsvesenets illeggelse av tilleggsskatt er en langvarig norsk rettstradisjon. Dens formål har av enkelte vært ansett som en straffereaksjon (Andenæs 1998:350-351). Det strider mot uttalelser i Høyesterettsavgjørelsene. I en kronikk henviser Johs Andenæs til dommene, der Høyesterett har lagt ”avgjørende vekt på...at systemet har vært praktisert så lenge at man antagelig må si at det må godtas som konstitusjonell sedvanerett” (Andenæs 2000b). Jeg kan ikke se at begrepet ”konstitusjonell sedvanerett” blir brukt i dommen, men det slås fast at ”Den langvarige norske rettstradisjon og praksis for at forhøyd tilleggsskatt ikke er å anse som straff...” (Rt 2000:1016). Her blir de tre viktigste betingelsene for konstitusjonell sedvanerett oppfylt. Praksis er lang og fast, og det eksisterer også en rettoverbevisning om at man har en rett til å legge en slik tilleggsskatt i tillegg til annen straff. Hvorfor denne sedvaneretten får konstitusjonell status av Andenæs, må være fordi systemet angår forholdet mellom stat og individ, der individets private sfære blir påvirket av statlige beslutninger. Jeg har ikke funnet at denne praksisen har blitt hevdet å være av konstitusjonell sedvanerettslig art andre steder.

2.3 Oppsummering

Det er skrevet forholdsvis mye om de enkelte normene av konstitusjonell sedvanerettslig art, spesielt i nyere norsk juridisk litteratur. Mye kan sies om hver enkelt, både fra et juridisk, historisk og statsvitenskapelig perspektiv. Det er skrevet mindre om læren om konstitusjonell sedvanerett som helhet.

Det som er presentert i det foregående kapittelet er et normsett av stort omfang og stor viktighet, særlig sett i forhold til den levende del av den skrevne forfatningen. Det kommer frem under gjennomgangen at det er en betydelig del av den faktiske forfatningen som har sitt grunnlag i konstitusjonell sedvanerett, hvis det viser seg at normene faktisk har denne trinnhøyden. Av den grunn fremstår det som enda viktigere å begrunne deres eksistens på en god, enhetlig og gyldig måte.

En gjennomgang av kriteriene under læren om konstitusjonell sedvanerett og dens normer, viser at det er en sammenheng mellom dem. Normene oppfyller kanskje ikke alle kriteriene til enhver tid, men det fins likevel fellestrekk mellom dem. Betingelsene som er satt opp kan ved første blick gi inntrykk av å være gode og forholdsvis lettfattelige krav. Spørsmålet blir videre om likheten mellom normene er reell, eller om den kun beror på en tøyelig tolkning av de ulike kriteriene. Det har allerede blitt antydnet at kriteriene ikke er fullstendig tilfredsstillende, og formell forankring er foreslått som et tilleggskriterium. Det viser seg at en slik forankring forekommer hos mange av de nevnte normene. Men er det nok til å gjøre det til et kriterium? Gir kriteriene reell veiledning om hvilke normer som skal anses som konstitusjonell sedvanerett og hvilke som ikke skal det? Dette taes opp igjen i de to siste kapitlene.

Innledningsvis satte jeg opp noen betingelser for hva som skal kjennetegne en lære. Læren om konstitusjonell sedvanerett ser bare ut til å oppfylle disse til en viss grad. Kapittel 4 setter de enkelte betingelsene for en lære opp mot læren om konstitusjonell sedvanerett. Først følger et forsøk på å tidfeste *når* læren om

konstitusjonell sedvanerett ble etablert i norsk juridisk teori, og forslag til forklaringer på *hvorfor* den etablerte seg.

Kapittel 3. Når? Hvorfor?

Jeg har i det foregående redegjort for normer av konstitusjonell sedvanerettslig art og argumentert for hvorfor de er å anse som nettopp dette. I forbindelse med betingelsen om normenes varighet, har jeg kun slått fast at denne foreligger uten noen nærmere begrunnelse. I dette kapittelet vil jeg forsøke å gjøre grundigere rede for normenes oppkomst som konstitusjonell sedvanerett.

Spørsmålet om lærens opprinnelse er ikke avklart i foreliggende litteratur, og det kan være interessant å gripe an tidsaspektet sett i forhold til bevisstgjøringen omkring læren om konstitusjonell sedvanerett. Jeg tar her det forbehold at jeg ikke har konkludert om det faktisk kan sies å eksistere en lære om konstitusjonell sedvanerett ut fra definisjonen av ”lære” under 2.1.1. Jeg vil i det følgende ta utgangspunkt i læren om konstitusjonell sedvanerett slik den defineres i dag, og undersøke når og hvorfor denne kom til.

To forhold har vært sentrale i forbindelse med spørsmålet om ”når” læren om konstitusjonell sedvanerett ble etablert, som så vidt jeg vet ikke er besvart andre steder. For det første har jeg orientert meg mot selve *begrepsbruken*. Når begynte en å bruke begrepet ”konstitusjonell sedvanerett”? Videre ser denne delen på *de enkelte reglene* av konstitusjonell sedvanerettslig art. Når ble disse formulert og akseptert som del av den norske statsforfatning, uavhengig av om de ble karakterisert som konstitusjonell sedvanerett eller ikke? Det som skrives om de enkelte normene reflekterer kunnskapssituasjonen om dem. Noen finnes det lite om i kildene som brukes, andre er omtalt mer utfyllende. Det vil også prege den forestående fremstillingen.

I tillegg til temaet ”når”, vil oppgaven kaste noen blikk på spørsmålet om *hvorfor* læren om konstitusjonell sedvanerett etablerte seg i norsk statsrett. Hvilke forklaringer kan tenkes for dens fremvekst? Seip og Sejersteds historietilnærminger vil bli brukt som mulige forklaringsforslag. Deres fremstillinger vil samtidig være et

bakteppe for andre mulige forklaringer, men på grunn av empirisk orientering og avgrensing i oppgaven vil disse kun bli kort gjort rede for uten nærmere utdyping.

3.1 Metode og kildevalg

3.1.1 Tidsavgrensning

I forsøket på å finne ut når læren om konstitusjonell sedvanerett ble etablert og innarbeidet som begrep i norsk statsforfatningsrett, er det nødvendig å foreta en tidsavgrensning i litteraturen som undersøkes. Det gjelder både for å løse spørsmålet på en mest mulig hensiktsmessig måte og på grunn av tids- og plasshensyn samt empirisk tilgjengelighet. Fremgangsmåten har derfor hovedsaklig bestått i en gjennomgang av statsforfatningsverk fra perioden 1875 til 1939. Dette har flere årsaker.

For det første er det i nyere litteratur antydnet at det rundt forrige århundreskifte var debatt og oppmerksomhet rundt temaet konstitusjonell sedvanerett. Samtidig pågikk en utvikling av og innen praksis på området. Videre kom det ut flere sentrale statsforfatningsverk som hadde stor betydning i sin samtid, og som fortsatt har det i dag. Dessuten førte riksrettsdommen i 1884 og unionsoppløsningen 1905 med seg en debatt om Grunnloven, og da også utviklingen av konstitusjonell sedvanerett. Sedvanen fikk dermed et annet fokus innen offentlig rett enn den hadde hatt tidligere. Ved siden av dette har både eldre og nyere teoretiske bidrag fungert som utfyllende litteratur. De har belyst temaet ved samtidige betraktninger, historiske tilbakeblikk til før 1880 og også ved fremstillinger av nyere praksis.

3.1.2 Kilder og litteratur

Det er i første rekke naturlig å konsentrere seg om primærkilder, nærmere bestemt ulike lærebøker om statsforfatningsretten. Oppgaven vil utnytte disse kildene som

beretninger, da det er sannsynlig at de kan bidra til å belyse spørsmålet. Beretninger omfatter ”talende” kilder som påstår noe om samtidige eller fortidige saksforhold. Utnyttelsen av kilder som beretninger, innebærer at fokus vil ligge på om de meddeler noe om saksforhold angående et emne (Langholm 1997:23), i dette tilfellet om konstitusjonell sedvanerett. Ved å gjøre det, er det gode muligheter for å finne svar på spørsmålet om når læren om konstitusjonell sedvanerett ble etablert i norske statsrett. En annen tilnærmingstype kunne vært ved bruk av juridisk metode. En måtte da gå til rettskildene og deres historie. Noe av dette er gjennomgått, men ikke på en like systematisk måte som statsforfatningsverkene. Det vil også vise seg i oppgaven. Det har heller ikke vært tid eller mulighet til å gå inn i annet dokumentmateriale som kan finnes, blant annet i Riksarkivet. Kildene vil som sagt være sentrale statsforfatningsverk fra slutten av 1800-tallet og fremover. I tillegg til disse verkene, er også enkelte rettslige tidsskrifter systematisk gjennomgått for å se om det forekommer mindre artikler som omhandler temaet konstitusjonell sedvanerett.

Statsforfatningsverkene som er undersøkt er for det første T.H Aschehougs lærebok, ”Norges nuværende statsforfatning”, i tre bind fra 1875, 1879 og 1885. Aschehougs lærebok er ansett for å være et av de mest grunnleggende verkene om norsk statsforfatningsrett, og tok over som den ledende læreboken om temaet etter Fredrik Stangs lærebok fra 1833. Sistnevnte er derimot ikke tatt med ettersom den ikke berører normer av konstitusjonell sedvanerettslig art.

Videre ga Bredo Morgenstjerne ut sin ”Lærebog i norsk statsforfatningsret” i tre utgaver i 1900, 1909 og 1927. Disse er tatt med fordi Morgenstjerne ga uttrykk for at det *ikke* fantes noe som het konstitusjonell sedvane så sent som i 1927. Dette bryter med annen litteratur og teori på samme tid. Oppgaven har sett på alle tre utgavene av læreboken for å avdekke eventuelle forandringer i fremstillingen av begrepet konstitusjonell sedvanerett, eller rettsregler av slik art.

Av nyere litteratur fra det 20. århundre har Frede Castbergs verk ”Norges statsforfatning” bind I og II fra 1935 stått i fokus. Også den nye utgaven som kom i 1964, og er tatt med som støttelitteratur. Castberg var en av de juristene som var tidlig ute med å forsvare og anerkjenne sedvanerett som gjeldende, også på konstitusjonelt nivå.

Johs. Andenæs’ ”Statsforfatningsrett” som kom ut i 1945, er den siste av de store lærebøkene som blir gjennomgått. Denne læreboken brukes fortsatt i dag, og den første utgaven kom ut på en tid da en del av sedvanerettene var nokså godt befestet. Det er derfor grunn til å tro at Andenæs bidro til å utvikle *læren* om konstitusjonell sedvanerett som helhet.

Alle disse lærebøkene har vært sentrale innen statsforfatningsrett i sin tid. Fredrik Stang, Aschehoug og Morgenstiernes lærebøker er alle hevdet å ha vært preget av ”høyrejus” (Eckhoff 1965:190). Castberg er derimot beskrevet som den som fremstiller den norske statsforfatningen uten noen politisk slagside (ibid).

Eksistensen av et slikt skille illustrerer hvor tett statsforfatningsrett og politikk egentlig står. Selv om dette er tilfellet, er det nok tvilsomt om ”høyrejusen” har hatt så stor innflytelse at den også har påvirket fremstillingen av normer av sedvanerettslig art. Det kommer jeg tilbake til senere.

I tillegg til disse verkene har oppgaven som nevnt også søkt i fremstillinger som er trykt i diverse spesialavhandlinger og tidsskriftsartikler fra samme tid. Tidsskrift for rettsvitenskap er systematisk gjennomgått fra og med 1888 til og med 1950, men det ble ikke funnet mange artikler som omhandler læren konstitusjonell sedvanerett eller dens normer. Castbergs artikkel ”Nogen Ord om Magtfordelingsprincippet og dets Stilling i fransk og norsk Statsret” fra 1918 skiller seg ut og står sentralt. Ellers eksisterer det artikler som tangerer temaet, men som ikke belyser det ytterligere. De er derfor ikke kommentert nærmere. Nyere årganger av tidsskriftet Lov og rett er brukt. På grunn av utilgjengelighet, er de eldre årgangene dessverre ikke gjennomgått systematisk.

Gjelsviks lærebok ”Innledning til rettsstudiet”, der jeg har konsentrert meg om utgaven fra 1939, er også nevnt for å se hvordan oppfatningen om de ulike sedvanerettene av konstitusjonell art har utviklet seg over tid.

Kapittelet har i tillegg anvendt seg av sekundærkilder. Av nyere litteratur er Andenæs’ lærebok i 1998 utgaven, Smith, Slagstad og Sejersteds bidrag om ulike normer av konstitusjonell sedvanerettslig art, samt Helgesens artikkel ”Om den såkalte konstitusjonelle sedvanerett” fra 1977 viktige. Disse bidragene står sentralt også ellers i oppgaven.

En begrunnelse for kildegrunnlaget til kapittelets andre del, ”hvorfor”, følger senere.

3.2 Funn i litteratur fra århundreskiftet

3.2.1 Aschehoug

Det tidligste verket som er gjennomgått er T.H Aschehougs lærebok i tre bind fra slutten av 1800-tallet. Så vidt jeg kan se benytter han seg ikke av selve begrepet ”konstitusjonell sedvanerett” i noen av disse utgavene. Til tross for det, legger han til grunn et videre begrep når han snakker om *statsforfatningen* enn for eksempel Fredrik Stang gjorde i 1833. Der Stang fremstiller den norske statsforfatning som ensbetydende med den grunnlovsbestemte rett, mener Aschehoug (1875:57) at det finnes regler *utenom* Grunnloven som også tilhører vår statsforfatning. Slik kommer det frem at han anser at normer som er kommet til gjennom sedvanerettsdannelse, kan utfylle og presisere Grunnloven. Han anerkjenner altså konstitusjonell sedvanerett selv om ikke den betegnelsen blir brukt. Det kan for øvrig nevnes at Stang i forordet til sin lærebok i 1833, påpeker en manglende gjennomgang av materialet om statsorganenes praksis og tolkninger av Grunnloven. En fremstilling av denne praksisen, ”hva vor hele constitutionelle Ret angaaer” (Stang 1833:IV),

skulle bli utgitt innen et par år for å gjøre gjennomgangen av statsforfatningen mer fullstendig, men denne kom aldri.

Det er blitt hevdet at det er Aschehoug som har skapt den norske læren om *prøvingsretten*, med utgangspunkt i en idé fra engelsk rett, og med argumentasjon fra USA (Sandvik 1981:193). Om han ikke skapte den, var han kanskje en av de første til å utførlig formulere og forsvare prøvingsretten på slutten av 1800-tallet. At denne myndigheten er ”blevet gjældende Ret hos os” er det ingen tvil om (Aschehoug 1885a:355). Dette begrunnes først og fremst i rettspraksis, som viser en relativt lang og fast praksis. Dessuten knyttes prøvingsretten sammen med Grunnlovens egenskap som landets høyeste lov, og at den følger naturlig av dette (Aschehoug 1885a:351).

Aschehoug skriver også om parlamentarismen og domstolenes uavhengighet. Spørsmålet er om han oppfatter disse som politiske eller rettslige normer. I 1879 finner han om parlamentarismen at ”vaar Grundlov har gjort dette system umuligt ved at negte Statsraadene Adgang til at deltage i Storthingets Forhandlinger” (Aschehoug 1879:16). I siste bind av læreboken fra 1885, når denne hindringen er fjernet gjennom en lovendring, kan jeg ikke se at han tar opp temaet igjen. Det gjør han derimot i ”Norsk retsencyclopædi ” samme år, der han anerkjenner at Norge har fått sin første parlamentariske regjering. Parlamentarismen er enda ikke fullt ut anerkjent av Aschehoug som del av den norske statsrett, selv om styresettet er i ferd med å etablere seg (se nærmere 3.3.2).

Mange av de normene vi i dag anser for å være av konstitusjonell sedvanerettslig art, nevnes i Aschehougs lærebok. Et gjennomgangstema er likevel at det mangler en begrunnelse for når og hvor de stammer fra. Kravene til sedvanerett blir heller ikke gjennomgått på noen systematisk måte, og det gjør det vanskeligere å se om normene blir anerkjent som politiske eller rettslige. Selv om han uttrykker skepsis i forhold til noen av dem, som parlamentarismen, kommer det fram en større rettsoverbevisning når det gjelder domstolenes prøvingsrett. I siste bind av

læreboken forsvarer Aschehoug ”Love, der vel strede mod Grundlovens Ord, men ikke mod dens sande mening” (Aschehoug 1885a:367). Det er klare spor av at en liberal grunnlovstolkning både er nødvendig og akseptabel, hvilket antyder at Grunnloven allerede i 1885 var i utakt med sin samtid, og kanskje derfor trengte forekomsten av et dynamisk element som sedvaneretten.

Aschehoug bidrar til utviklingen av læren om konstitusjonell sedvanerett ved at han formulerer mange normer som kan falle inn under denne betegnelsen. Derimot bruker han verken betegnelsen eller kravene som stilles til den bevisst. Det kan tyde på at praksisen for en del av disse normene fra 1875 til 1885 ikke hadde hatt verken lang nok eller fast nok praksis, og at de derfor på denne tiden ennå ikke er befestet som normer av konstitusjonell sedvanerettslig art.

3.2.2 Morgenstierne

I Morgenstiernes lærebøker kan det spores en endring av fremstillingen fra første til tredje utgave. I den første utgaven kommer det frem at ”endnu maa man...betragte Grundlovens magtfordelingssystem som retligt bestaaende” (Morgenstierne 1900:335). I 1909 er dette endret, da en må ”betragte det parlamentariske Systems Indførelse i vort praktiske Statsliv som en fuldbragt Kjendsgjerning” (Morgenstierne 1909:332). Et slikt syn gjentas i den siste utgaven. Morgenstiernes lærebok preges av at den skrevne forfatningen ikke stemmer overens med virkeligheten, noe som gjør fremstillingen av statsretten vanskelig.

Morgenstierne viser ikke samme anerkjennelse av sedvanerett på konstitusjonelt nivå som Aschehoug gjorde. Derimot kommer det klart frem at han ikke ser sedvanerett som en gyldig rettskilde i forfatningsretten på samme måte som den er i privatretten (Morgenstierne 1926:58). Han argumenterer for at forfatningsretten er ensbetydende med den skrevne grunnlov, slik Stang gjør. På dette grunnlaget avfeier han også parlamentarismen som bindende statsskikk i Norge. Parlamentarismen hevdes å ikke være en bindende rettsregel fordi Grunnlovens

bestemmelser, etter hans syn, er ment å være uttømmende. Konge og storting kan derfor heller ikke binde domstolene gjennom konstitusjonell praksis (Morgenstierne 1926:59).

Disse utsagnene følges opp av at man i forfatningsretten likevel i stor grad må ta hensyn til konstitusjonell praksis, hvis en forståelse av Grunnloven har blitt fulgt av et statsorgan ”i en lengre rekke av tilfeller” (ibid). En slik praksis *kan* også få rettslig betydning. Senere uttrykker Morgenstierne at ”ved en række ændringer i grundloven og ved sædvansmessig udvikling er forfatningen efterhaanden forandret i utpræget parlamentarisk retning” (Morgenstierne 1926:53). Slik jeg forstår dette henspiller ”ændringer i grundloven” på rettslige normer, mens ”sædvansmessig udvikling” er politiske normer. Parlamentarismen er noe man må ta hensyn til i statsretten fordi den tross alt er så godt befestet som den er. Likevel fremholder han at styreskikken ikke kan være rettslig bindende.

I utgaven fra 1900 omtaler Morgenstierne domstolenes prøvingsrett, som ”aldrig har vært anseet som tvivlsom” (Morgenstierne 1900:403). Denne normen følger naturlig av anerkjennelsen av at det er en forskjell mellom lov og grunnlov, og at man dermed må kunne prøve grunnlovsmessigheten ved lover (Morgenstierne 1900:402-403). Dette er et svært vanlig argumentet i debatten om prøvingsretten. Uklarheten oppstår da prøvingsretten er en rettsregel som er kommet til gjennom sedvanerett, noe Morgenstierne andre steder avfeier som umulig. Det kan tenkes at Morgenstierne ikke anser prøvingsretten for å være en rettsregel av konstitusjonell karakter, men dette er heller usannsynlig. En mer plausibel forklaring må være at han ikke har tatt stilling til hvilken trinnhøyde normen har.

Disse utsagnene og fremstillingene kan framstå som noe motstridende når de sammenholdes. Det som likevel gjennomsyrrer hans lærebøker er at sedvanerett ikke kan være bindende på konstitusjonelt nivå. Ved at Morgenstierne har *motforestillinger* mot konstitusjonell sedvanerett, tydeliggjør han at andre er av en annen oppfatning. At konstitusjonell sedvanerett er et fenomen som eksisterer på

denne tiden er det dermed ingen tvil om. Hvilken gyldighet det har og hva som anerkjennes som konstitusjonell sedvanerett, er det større uenighet om.

3.2.3 Castberg

Frede Castberg bruker i sin artikkel fra 1918 (:295) uttrykket ”konstitutionel Sedvane” om statsministerens kontrasignatur av Kongens beslutninger. Den samme betegnelsen gir han parlamentarismen som styresett. Før denne tid er en slik betegnelse så vidt jeg har funnet ikke brukt eksplisitt. At begrepet blir brukt på dette tidspunktet kan tyde på at den praksis som dekkes av begrepet har eksistert i lengre tid. Bevisstgjøringen om denne praksisen henger kanskje sammen med begrepsdannelsen. En begynner å spore tegn til en ”lære” på området.

Castberg fortsetter begrepsbruken også etter 1918, noe som øker bevisstheten rundt fenomenet i den juridiske litteraturen for øvrig. I sin gjennomgang av domstolenes prøvingsrett betegner Castberg (1935 II:213) denne som en ”forfatningsrettslig sedvanerett” og slår fast at praksisen ”har nu utvilsomt sedvanerettslig hjemmel i vår forfatning” (Castberg 1935 II:212). Forfatningsrettslige sedvanerettsregler sidestilles med grunnlovsregler med hensyn til det å gi lover som strider i mot disse. Parlamentarismen, eller mer presist regjeringens plikt til å vike etter et mistillitsvotum, oppfattes fortsatt som rettslig bindende av Castberg (1935 I:204). Grunnlaget finner han i konstitusjonell sedvanerett. Derimot finner han at ”det ikke ville være noe brudd på regjeringens forfatningsmessige plikt til å ta avskjed” om den ikke går av etter et tapt kabinettsspørsmål (Castberg 1935 I:203-204). Praksisen ved å gå av etter negativt flertall omtales også uten at det taes stilling til dets rettslige stilling.

Domstolenes uavhengighet omtales som et prinsipp som ligger til grunn for og i Grunnloven (Castberg 1935 I:408). Normens begrunnelse ligger først og fremst i Grunnloven selv, da først og fremst dens oppdeling i kapitler og paragrafer om domstolenes stilling. Noen drøfting av normens sedvanerettslige grunnlag

forekommer ikke, og heller ikke noen drøfting av de enkelte betingelsene i forhold til hvert krav.

I sin lærebok fra 1935 har Castberg et eget avsnitt om det han betegner som ”forfatningsrettslig sedvanerett” (Castberg 1935 I:43 flg). Det er kanskje det som har gjort han til en av de store bidragsytere i forhold til å inkorporere læren om konstitusjonell sedvanerett i norsk statsrett utenom den første begrepsbruken i 1918. Til tross for at han her konstaterer at dette er et faktisk fenomen, mangler han en utdyping av læren. Kravene til normer av denne art blir ikke diskutert, annet enn at de tre første kriteriene kort blir nevnt. Dette gjør at man nok ikke kan snakke om en fullstendig utviklet ”lære” på denne tiden. Det foreligger likevel en konstatering av det faktum at den norske forfatningen inkluderer regler som ikke er skrevet ned, men som har oppstått med bakgrunn i konstitusjonell sedvanerett. Et annet forhold som øker usikkerheten om hans genuine bevissthet om temaet, er Castbergs uttalelse i en artikkel fra 1963 der han selv betviler om parlamentarismen faktisk var rettslig bindende i 1918, slik han da hevdet. Her slår han fast at om den ikke var det da, er den det iallfall i dag (Castberg 1963:350). Likevel kan en argumentere for at ved å benytte seg av begrepet ”konstitusjonell sedvanerett” satte Castberg i gang en bevisstgjøringsprosess hos andre, som også førte med seg at begrepsbruken ble vanligere.

3.2.4 Andenæs

Johs. Andenæs er den av de nyere forfattere som i sin lærebok har en grundig gjennomgang av begrepet og læren om konstitusjonell sedvanerett. Han skriver klart og tydelig om sine temaer, og har nok derfor i stor grad bidratt til spredningen av ”læren om konstitusjonell sedvanerett”.

Andenæs forfekter at sedvaneretten ikke har hatt så stor betydning på noe annet område enn forfatningsretten. Det kommer til uttrykk ved at det faktiske forfatningssystemet er noe annet det Grunnloven opprinnelig mente å skape

(Andenæs 1945:23). Konstitusjonell sedvanerett spiller sin viktigste rolle som utfyllende og presiserende rett, mens man bør være mer forsiktig når sedvaneretten står i klar strid med Grunnloven. Sistnevnte *kan* også forekomme, noe parlamentarismen er et godt eksempel på (Andenæs 1945: 24). Etter konstateringen av at den norske forfatning til en stor del består av konstitusjonell sedvanerett, brukes ikke begrepet direkte i den videre fremstillingen av de ulike statsskikkene. Svært mange av de normene vi i dag kjenner som konstitusjonell sedvanerett blir diskutert i Andenæs lærebok, uten at de betegnes som det. Jeg nevner ikke alle disse normene her, de vil heller bli nevnt senere i kapittelet.

Om domstolenes uavhengighet sier han at det er ”helt utvilsomt” at Grunnloven bygger på prinsippet om selvstendige og uavhengige domstoler, selv om det ikke fins noen slik programuttalelse i den (Andenæs 1945:145). Hvorfor det er ”helt utvilsomt” argumenteres det ikke nærmere for. Videre er parlamentarismen på denne tid blitt fast konstitusjonell praksis (Andenæs 1945:96). Det begrunnes både i fast og lang praksis, samt at oppfatningen i politiske kretser ”utvilsomt [er] at det parlamentariske system virkelig er blitt en del av vår bindende forfatningsrett” (ibid). Alle betingelsene for læren om konstitusjonell sedvanerett blir sett i forhold til den parlamentariske praksisen. Her aner man at læren blir mer bevisst og ikke minst mer direkte brukt. Til slutt må hans gjennomgang av domstolenes prøvingsrett nevnes. Prøvingsretten er ”langvarig og sikker praksis”, og gjelder overfor lovgivning så vel som forvaltning (Andenæs 1945:226). Denne normen er slått fast ved konstitusjonell sedvanerett og kan ikke oppheves uten grunnlovsendring (ibid).

Med denne læreboken spilte Andenæs en stor rolle for samtidige og senere jurister. Hans formulering av ulike normer av konstitusjonell sedvanerett, og under noen av disse en gjennomgang av betingelsene til læren om konstitusjonell sedvanerett, har vært med på å forme statsretten til det den er i dag. Noe som understreker at læren om konstitusjonell sedvanerett er i ferd med å etablere seg på denne tiden, er at det i

Andenæs' lærebok er viet et eget avsnitt til nettopp konstitusjonell sedvanerett og dens kriterier. Denne læreboken fra 1945 er derfor sentral i prosessen med å inkorporere konstitusjonell sedvanerett i norsk forfatningsrett.

3.2.5 Generelle betraktninger

Riktignok har flere forfattere omtalt ulike rettsregler av konstitusjonell sedvanerettslig art, slik som prøvingsretten og parlamentarismen. Disse har blitt forsvart og kritisert i forhold til om de er rettslig bindende, og om de i så tilfelle kan endres ved vanlig lov eller gjennom grunnlov. Selve begrepet ”konstitusjonell sedvanerett” har likevel ikke blitt brukt direkte. Det fremkommer heller ikke noen inngående drøftelser eller systematisk gjennomgang av de ulike kriteriene for læren, og om disse er oppfylt i forhold til de enkelte normene. Det settes heller opp henvisninger til rettspraksis i forbindelse med gjennomganger og redegjørelser av ulike sedvanerettslige regler. For øvrig kan det virke som om mange av reglenes oppkomst taes for gitt, og at det heller fokuseres på deres funksjon og innhold. Helgesen, som nok er den som har gått dypest inn i materien til læren om konstitusjonell sedvanerett, har ingen henvisninger til når begrepet ble tatt i bruk. Normenes funksjon og plass i rettssystemet for øvrig er det sentrale. Bevisstheten omkring ”læren” om konstitusjonell sedvanerett ser ikke ut til å ha kommet til før i de senere år, og da uten noen begrunnelse for dens opprinnelige tilblivelse.

3.3 Tilnærming gjennom de enkelte rettsreglene

I det følgende vil jeg forsøke å besvare spørsmålet om når læren om konstitusjonell sedvanerett etablerte seg fra en annen vinkel. Tilnærmingen vil skje gjennom de enkelte rettsreglene som er etablert som konstitusjonell sedvanerett. Om selve læren er det som nevnt skrevet lite eller ingenting, før i mer moderne litteratur. Den relativt lille oppmerksomheten både begrepet, men spesielt læren, fikk rundt forrige

århundreskiftet da det gikk en debatt om parlamentarismen og prøvingsretten, kan tyde på liten bevissthet rundt temaet. *Rettsreglene* ble heftig debattert, men hvordan de hadde kommet i stand og måten de var innført på ble ikke kommentert i stor grad. Det kan derfor virke vanskelig å tidfeste når læren om konstitusjonell sedvanerett ble etablert i Norge. Grunnlaget for den ble nok lagt på 1800-tallet, muligens sammen med fremveksten av prøvingsretten.

I nyere litteratur virker det som kriteriene og begrunnelsen for reglene med konstitusjonelt sedvanerettslig status er tatt for gitt i de fleste juridiske, historiske og statsvitenskaplige kretser. Dermed er det heller ikke her reflektert over hvorfor eller hvordan læren ble etablert i det norske rettssystemet. Denne delen vil se nærmere på oppkomsten av de enkelte sedvanerettene av konstitusjonell art, i håp om at disse kan belyse temaet. Først vil den tidmessige oppkomsten av hver norm kommenteres. En konklusjon vil følge sist i kapittelet.

3.3.1 Opphøret av den personlige kongemakt

Opphøret av den personlige kongemakt har vokst frem gradvis, men prosessen ble påskyndet av begivenhetene som førte frem til unionsoppløsningen i 1905. De siste årene før 1905 ble kampen mot unionen samtidig en kamp mot den personlige kongemakt (Andenæs 2000a:119).

Ved grunnlovsendingene i 1913, ble det vedtatt at Stortingets beslutninger bare trengte kongelig sanksjon i vanlige lovsaker, ikke grunnlovssaker eller saker vedtatt i plenum. Kongen har ”opphevet at være en politisk maktfaktor” skrev Andenæs i 1945 (:82), selv om han ikke ville hevde at Kongen hadde noen rettslig plikt til å følge regjeringens innstilling (Andenæs 1945:100-101). I tillegg var ikke Kongen bundet av det råd den avtroppende regjeringen ga ved regjeringsskifter, men burde foreta en selvstendig vurdering (Andenæs 1945:102). Andenæs fraskriver altså ikke Kongen all personlig makt på dette tidspunktet, men i realiteten var nok denne i stor grad fraværende (jf. 2.2.1.1). Det kan derfor være riktig å si at Kongens personlige

makt forsvant samtidig som parlamentarismen gradvis befestet sin stilling som konstitusjonell sedvanerett. Prerogativene som tidligere hadde hatt en viktig rolle, fikk nå mindre betydning (Andenæs 1998:49). Dette skjedde i årene fra 1905 til 1940. I denne perioden ble også det politiske tyngdepunktet flyttet fra regjering til storting, på grunn av forekomsten av de mange mindretallsregjeringene mellom verdenskrigene. Konge og regjering mistet dermed makt på flere måter i løpet av denne tiden.

3.3.2 Parlamentarismen

Prosessen som ledet fram til parlamentarismen kan sies å ha startet på 1870-tallet. Aschehoug kommenterte i 1879 at parlamentarismen var hindret i Grunnloven ved at statsrådene var nektet deltagelse i Stortingets forhandlinger, noe som var ”systemets betingelse” (Aschehoug 1879:16). Da dette ble skrevet var statsrådenes adgang til Stortinget allerede vedtatt to ganger, men Kongen nektet å sanksjonere. I 1885 skrev Aschehoug igjen om denne hindringen. Den var nå fjernet etter riksrettsdommen i 1884 og en etterfølgende grunnlovsendring. Hindringen for et parlamentarisk styresett ble opphevet ”uden at nogensomhelst Garanti mot dets farer er tilvejebragt” (Aschehoug 1885b:21). Man aner fortsatt en viss skepsis mot parlamentarismen på denne tiden.

I 1884 fikk altså Norge sin første parlamentariske regjering. Stavang (1998:13) argumenterer for at det ikke har vært noe brudd på det parlamentariske hovedprinsipp etter 1895. Det tar en stund for en sedvanerett å etablere seg, og først i 1905 kan en si at parlamentarismen var allment akseptert og respektert som styreskikk (Nordby 2000:109,122). Dette har fått stor støtte både av jurister som skrev på begynnelsen av 1900-tallet, og av jurister, historikere og statsvitere som skriver i dag. Da Castberg i 1918, som første jurist, tok til orde for at parlamentarismen var blitt et bindende prinsipp gjennom sedvanerett, skjedde det på bakgrunn av at både partiene og også Kongen og statsråd hadde tatt etter praksisen

(Stavang 2001:32), jf. kravet om *opinio juris*. Morgenstierne godtok fortsatt ikke parlamentarismen som et rettslig bindende prinsipp så sent som i 1926, men aksepterte likevel at det var dette styresettet Norge hadde. Kort sagt ligger ulikheten i at Morgenstierne ser parlamentarismen som en politisk norm, mens Castberg ser den som en rettslig og konstitusjonell norm på begynnelsen av 1900-tallet.

Gjelsvik var fortsatt skeptisk til parlamentarismen i 1939, da han hevdet at ”det parlamentariske styringsprinsippet som ikkje har heimel i skreven rett hjå oss, er eit politisk princip, ikkje noko rettsprincip” (Gjelsvik 1939:98). Hvis et riksstyre fikk et mistillitsvotum mot seg og ble sittende, var dette et uparlamentarisk styre, men ikke et ulovlig et (*ibid*). Den kritiske holdningen til parlamentarismen er interessant, ettersom Andenæs forfekter noe ganske annet i sin lærebok som ble skrevet omtrent på samme tid (jf. 3.2.4). Dessuten forfekter Gjelsvik dette synet nesten ti år *etter* Morgenstierne. Men i likhet med Andenæs, og til forskjell fra Morgenstierne, mente Gjelsvik at sedvanerett *kunne* endre regler også på konstitusjonelt nivå, selv om disse måtte oppfylle kravene til sedvanerett og komme i stand i visse former som ga ”sers trygd” (Gjelsvik 1939:97). Statspraksis som ikke fulgte disse formene kunne heller ikke legge nye bånd på statsmakten (*ibid*).

3.3.3 Legalitetsprinsippet

I Eckhoffs ellers svært utførlige utredning om legalitetsprinsippet fra 1963, legges det liten vekt på prinsippets opprinnelse. Eckhoff slår fast at ”læren er gammel og grunnfestet”, men sier ikke noe nærmere om når prinsippet oppstod. Det er også kjennetegnende for annen litteratur om regelen.

De gamle statsforfatningsverkene tar for seg innholdet og følgene av legalitetsprinsippet, selv om betegnelsen ”legalitetsprinsippet” ikke brukes. Aschehoug fremhever at private borgeres handlefrihet i regelen ”kun [kan] indskrænkes ved Lov” (Aschehoug 1879:27). En annen formulering kommer fra Castberg i 1918, der betingelsen for at legalitetsprinsippet får anvendelse er at det

gripes inn i en ”borgers rettssfære” (Castberg 1918:251-252), senere at det er ”en statsrettslig grunnsetning...som går ut på å regulere private individers rettsforhold, i almindelighet krever lovs form” (Castberg 1935 I:385).

I en artikkel fra 1978, finner Smith at legalitetsprinsippet er etablert i norsk statsrett som sedvanerett, ”antagelig med konstitusjonell trinnhøyde” (Smith 1978:659). Her antydes det at legalitetsprinsippet kan være å anse som sikker konstitusjonell sedvanerett. Det er likevel naturlig å anta at ettersom normen er såpass klart uttalt som den er i de *eldre* statsforfatningsverkene, var prinsippet fast etablert allerede ved forrige århundreskifte. Derimot mangler begrunnelser for at den er kommet til som konstitusjonell sedvanerett og hvordan den har gjort det. Igjen virker det som om forfatterne tar prinsippet for gitt uten å vurdere dets oppkomst eller bakgrunn. Det gjør det svært vanskelig å tidfeste normen noe nærmere enn at den nok festet seg som konstitusjonell sedvanerett sent på 1800-tallet eller tidlig på 1900-tallet. På denne tiden hadde legalitetsprinsippet vært fast og lang praksis en god stund. I tillegg var det enighet om at dette faktisk var en rettsregel, i hvert fall blant jurister.

3.3.4 Domstolenes uavhengighet

Eckhoff finner, med bakgrunn i teori og praksis, at domstolene ikke ble betraktet som uavhengige før i 1880- og 1890-årene, samtidig med prøvingsrettens inntog og parlamentarismens innføring i 1884 (Eckhoff 1964b:125). Videre argumenterer han for at det var Aschehoug som banet vei for dette synet. Fremstillingene av dette er noe annerledes i dag. Prøvingsretten hevdes å ha oppstått mye tidligere, parlamentarismen kan ikke sies å ha festet seg i 1884, og domstolenes uavhengighet er noe som antagelig har eksistert helt siden 1814, men det fikk da ingen egen prinsipperklæring. Aschehoug blir derimot fortsatt ansett for å være en sentral figur i formuleringen av de ulike normene.

Som nevnt i forrige kapittel, har domstolene i praksis vært uavhengige helt siden eneveldets tid på 1700-tallet. I 1875 kommenterer Aschehoug domstolenes

selvstendige stilling som et viktig rettsprinsipp. Domstolenes uavhengighet er en norm som ligger til grunn for Grunnloven og som det er viktig å beskytte. Dette er, mener han, den eneste grunnen til at domstolene er inkludert i Grunnloven (Aschehoug 1875:60-61). Aschehoug (ibid) argumenterer videre for at den dømmende makt egentlig ikke hører hjemme i Grunnloven fordi den ikke er en ”constitutionell Magt”, iallfall ikke i samme forstand som Konge og storting. Prinsippet om domstolenes uavhengighet er slått fast i norsk statsrett i 1875, men ikke begrunnet i sedvanerett. Derimot finner normen sitt grunnlag i Grunnlovens tredeling av makten, noen av Grunnlovens paragrafer som synes å forutsette en uavhengig domstol og til slutt uttalelsene fra grunnlovskomiteen om at domstolene skal ha en selvstendig og uavhengig stilling i forfatningen. Domstolene skal sikres sin selvstendighet og uavhengighet fra de andre konstitusjonelle maktgrenene, og ikke dømme under påvirkning fra dem (Castberg 1935 I:408). Normen er altså klar allerede ved forrige århundreskifte, men når den er å anse som sikker konstitusjonell sedvanerett, kan ikke avdekkes nærmere ut fra de kildene som brukes her.

3.3.5 Domstolenes prøvingsrett

Fram til rundt 1940 var tradisjonen i de fleste land at selv om en hadde en grunnlov, var det like fullt slik at hvis parlamentet vedtok en lov kunne ingen kontrollere om denne sto i strid med grunnloven. Tanken om at noen utenfor parlamentet og parlamentsflertallet burde kontrollere at reglene i grunnloven blir fulgt, er derimot gammel både i USA og i Norge. I USA stammer en slik rett fra begynnelsen av 1800-tallet, nærmere bestemt fra et høyesterettsvotum i 1803 i Marbury - Madison saken (Smith 2002:165). Det er større usikkerhet om når den ble etablert i Norge. Andenæs (1998:288) finner at domstolenes prøvingsrett overfor forvaltningen går helt tilbake til 1818, mens det har vært større strid om prøvingsretten overfor lover.

Den tradisjonelle læren, representert og ledet an av Seip, hevder domstolenes prøvingsrettslige kompetanse ble etablert i forbindelse med fremveksten av parlamentarismen i 1884. Prøvingsretten var da et siste forsøk fra embetsmennene på å redde og bevare sin ledende rolle i samfunnet. Eckhoff (1964b:124) bidrar med en rettshistorisk legitimering av Seips standpunkt når han argumenterer for at Stang i 1833 ikke anså at domstolene hadde prøvingsrett overfor lover. Dette hevdes å ha vært det rådende synet fram til 1880-tallet, og Eckhoff finner støtte for det i rettspraksis fra samme tid. Disse påstandene er senere blitt bestridt av flere jurister og historikere som har grundige fremstillinger av prøvingsrettens opprinnelse og bakgrunn, herunder av Smith og Slagstad.

Smith avdekker i sin gjennomgang av domspraksis at Høyesterett første gang viste til *Grunnloven* i begrunnelsen av sitt domsutfall i 1822 (Smith 2002:166). Dette året går også igjen i eldre litteratur, blant annet hos Castberg. Han har i tillegg flere referanser til teori og praksis med hensyn til prøvingsretten (Castberg 1935 I:213-214). Et annet interessant bidrag kommer fra Gudmund Sandvik (1981) og hans gjennomgang av de første statsforfatningsverkene. Her fremgår det at da Fredrik Stang skrev den første læreboken i norsk statsrett i 1833, inkluderte han ikke i den temaet konstitusjonell sedvane ”som alt hadde utviklet seg” (Sandvik 1981:197). Fremstillingen kommer ikke med noen videre utdyping av hvilke normer det siktes til, men det er mest nærliggende å anta at det er domstolenes prøvingsrettslige kompetanse som har utviklet seg på denne tiden.

Slagstad (1990:149) hevder at oppkomsten av domstolenes prøvingsrett ikke kan settes til et bestemt årstall. Praksisen utviklet seg heller over tid, og da på 1850 og 1860-tallet. I disse tiårene ble prøvingsretten formulert av flere sentrale jurister, som Aschehoug og Aubert. Det stemmer for øvrig godt med de generelle kriteriene til konstitusjonell sedvanerett om utvikling over tid og fast rettsoverbevisning. Dette moderne synet begrunnes i en gjennomgang av dommer fra 1800-tallet (Slagstad

1990), samt Aschehougs første formulering og forsvar av prøvingsretten i en forelesningsrekke i 1862-63.

I samme fremstilling søkte Slagstad å dokumentere at Aschehoug ikke bare ga uttrykk for sitt *eget* syn da han formulerte prøvingsretten, men for den *dominerende oppfatningen* innen norsk statsrettsteori. Det finner han også bevis for i sin gjennomgang av andre forfatteres fremstilling, i tillegg til rettspraksis fra samme tid (Slagstad 2001a:262-263). Aschehoug (1885a:355) slår i 1885 fast at domstolenes prøvingsrett har blitt gjeldende rett, selv om han ikke finner hjemmel for det i verken lov eller grunnlov (Aschehoug 1885a:305). Hjemmelsgrunnlaget må da finnes i (konstitusjonell) sedvanerett.

3.3.6 Stortingets instruksjonsmyndighet

Stortinget fikk som nevnt større innflytelse over regjeringen i mellomkrigstiden fordi denne tidsperioden ble dominert av mindretallsregjeringer (Andenæs 1998:49). Med økt innflytelse økte også bruken av retten til å gi regjeringen instruks om forvaltningsutøvelse. Instruksjonsretten ble på samme tid i større grad anerkjent (ibid). Stavang hevder det første fremstøtet fra Stortinget allerede kom i 1868. Stortinget vedtok da en anmodning til regjeringen om at Stortinget for fremtiden måtte få tilsendt spesifiserte budsjettframlegg for utenriksstyret, istedenfor blokktillatelser som til da hadde vært vanlig (Stavang 1999:296). Det gikk regjeringen med på, og grunnlaget var skapt for videre fremstøt med detaljprøving av enkeltposter. En gjennomgang av saker viser at Stortinget gjennom alle år, fra 1920 til i dag, konsekvent har holdt fast ved at det har full instruksjonsrett i utenrikspolitiske saker, noe Grunnloven opprinnelig la til Kongen (Stavang 1999:372). Noen nærmere tidfesting av normen er det vanskelig å sette fordi Stortingets *faktiske* utøvelse av denne retten i enkeltsaker ikke vil bli gjennomgått.

Til tross for disse fremstøtene sent på 1800-tallet, og en videre anerkjennelse i mellomkrigstiden, ble ikke Stortingets instruksjonsrett et sentralt statsrettslig tema før på 1960-tallet (Stavang 1999:227). I de siste tiårene har bruken økt kraftig (Sejersted 2002b:6). En kan derfor utlede at normen ikke har oppnådd status som konstitusjonell sedvanerett før i de senere år, selv om den i lang tid har hatt en viktig funksjon som *politisk* kutyme.

3.3.7 Regjeringens opplysningsplikt

En av de grundigste gjennomgangene av regjeringens opplysningsplikt er gjennomført av Eivind Smith (1997). I denne analysen berøres også spørsmålet om hvor lenge en slik plikt har forekommet. Smith finner at det allerede på 1920-tallet eksisterte en ulovfestet rettslig opplysningsplikt, noe han får støtte av fra Sejersted (Smith 1997:103; Sejersted 2002a:672). Tidsfestingen begrunnes i uttalelsene i riksrettssaken mot ministeriet Berge i 1926-27, der et av de tre tiltalepunktene var at statsrådene hadde fremlagt et forslag om statsgaranti til Handelsbanken, uten å opplyse om at banken tidligere hadde mottatt hemmelig statsstøtte. Tanken om at regjeringens opplysningsplikt var mer enn en politisk kutyme, eksisterte allerede på 1920-tallet.

Disse uttalelsene alene gir ikke grunnlag for en rettsregel. Opplysningsplikten ble ikke fulgt opp i rettsvitenskapen igjen før på midten av 1980-tallet (Sejersted 2002a:687), og hadde inntil nylig bare en *politisk* karakter. Etter den tidligere omtalte Reksten-saken, kom Ryssdal-kommisjonen fram til at opplysningsplikten var å anse som en rettsregel. Dette skjedde våren 1990, og etter denne tid har opplysningsplikten blitt oppfattet som konstitusjonell sedvanerett av politikere og jurister (Sejersted 2002a:681). Regjeringens opplysningsplikt som sedvanerettsregel er dermed forholdsvis ny, og er fortsatt omkranset av politiske normer av stor praktisk betydning (Sejersted 2002a:24). Denne sedvanen med konstitusjonell

trinnhøyde gir derfor ingen pekepinn på når *læren* om konstitusjonell sedvanerett kom i bruk i Norge.

3.3.8 Andre sedvaneretter av konstitusjonell rang

3.3.8.1 Retten til dannelse av politiske partier

Politiske partier var ikke vanlig i Norge før på slutten av 1800-tallet. I forbindelse med stridighetene rundt systemskiftet i 1884, ble partiene Høyre og Venstre etablert. Arbeiderpartiet kom til i 1887. Før denne tid stemte de stemmeberettigede på kandidater fra sitt distrikt. Fra slutten av 1800-tallet og utover, stemte de heller på kandidater som først og fremst representerte sitt *parti*, ikke sitt distriktet eller seg selv. Noe av det gamle henger likevel fortsatt ved i dag. På Stortinget sitter ikke representantene inndelt etter partier, men etter fylker.

I dag er det partipolitikken som dominerer, men det er svært vanskelig å tidfeste når retten til partidannelse fikk status av å være konstitusjonell sedvanerett. Litteraturen er taus om denne praksisens opprinnelse, og det finnes lite eller ikke noe belegg for å kartlegge normens rettslige opprinnelse. Det kan hevdes at utviklingen startet med Venstres opprinnelse i 1884, men på grunn av manglende faste tidsrammer i det oppsatte kravet til varighet, er det så å si umulig å konkretisere når normen gikk over fra å være politisk praksis til å bli rettslig sedvane.

3.3.8.2 Stortingsrepresentantenes uavhengighet

I 1814 forekom det at velgerne ga stortingsrepresentantene instruks om hvordan de skulle stemme i de enkelte sakene. Representantene følte seg langt på vei bundet av disse instruksene. I 1918 ser Castberg at dette ikke lenger forekommer. Skulle det likevel gjøre det ville ikke instruksjonene ha noen *rettslig* virkning, selv om den politiske og moralske forpliktelsen fortsatt var til stede. Også Aschehoug hevder stortingsrepresentantenes uavhengighet allerede i 1875, på den måten at disse ikke kan føle seg bundet av verken velgere eller distrikt (Aschehoug 1875:302).

Andenæs (1945:136) påpeker at selv om representantene rettslig sett ikke er bundet, heller ikke av partiet, forholder det seg annerledes i praksis. Det følger dessverre ingen nærmere utdyping hos noen av forfatterne om når denne prosessen skjøt fart. Det nærmeste en kommer en konklusjon, er å si at rettsregelen utviklet seg en gang i løpet av 1800-tallet, noe som dessverre ikke er til stor hjelp i tidfestingen av begrepet og læren konstitusjonell sedvaneretts inntog i norsk rettslære.

3.3.8.3 Stortingets vedtakelse av skattebeslutninger i plenum

I den første tiden etter 1814 ble skattesatsene satt ved formell lov slik det opprinnelig var ment, men dette endret seg fort (Andenæs 1945:167). Kaartvedt (1964:199) argumenterer for at de enkelte skattepåbudene ble bestemt ved plenumsvedtak allerede på 1830-tallet, etter en langvarig dragkamp mellom stortingsrepresentantene.

Morgenstierne sier om Stortingets rett til å ta skattebeslutninger i plenum, at ”Dette spørsmål maa erkjendes at være overmaade tvivlsomt” (Morgenstierne 1900:458). Det samme gir han uttrykk for i en artikkel fra 1919. Han anfører samtidig flere argumenter *for* at denne retten foreligger (Morgenstierne 1900:459-460). Spesielt vektlegges lovgivernes opprinnelige mening, og det faktum at skatter er en av statens viktigste inntektskilder. Man kan risikere å ikke oppnå enighet om skattesatsene hvis de behandles i avdelingene istedenfor i plenum, og dermed ikke få inn de nødvendige inntektene til staten.

I 1935 finner Castberg at Stortingets vedtagelse av skattesatser i plenum er ”fast konstitusjonell praksis” (Castberg 1935 I:386). Gjelsvik skriver i 1939 at skattevedtak blir ”furehavde i sammøte. Og det kann ikkje reknast for tvilsamt at dette er rett etter grunnlovi.” (Gjelsvik 1939:134). Noen begrunnelse for hvorfor følger ikke hos noen av dem.

Sedvanen kan sies å ha utviklet seg på 1830-tallet, og 100 år senere finner man klare uttrykk for at den har blitt sedvanerett med konstitusjonell trinnhøyde. Et slikt

tidsspenn gir et inntrykk av at det tar svært lang tid for en norm å etablere seg som konstitusjonell sedvanerett, selv om den i lang tid kan bli akseptert som en politisk norm.

3.3.8.4 Regjeringens konsultasjonsplikt

Regjeringens konsultasjonsplikt har i det vesentlige stått uendret siden 1923, da Mowinckel startet en ny praksis med å gi Stortinget årlige utredninger om den utenrikspolitiske situasjonen (Stavang 1999:323). I dag er dette utvidet til å gjelde to utredninger i året. Regelen ble formalisert i 1922 og 1923 (Sejersted 2002a:549), og står derfor sammen med skattepålegg i plenum i en særstilling i forhold til de andre normene under læren om konstitusjonell sedvanerett.

Det er ingen tvil om når regelen ble dannet, men det er mer problematisk å finne ut når den fikk status av å være sikker konstitusjonell sedvanerett. Fredrik Sejersted (2002a:558) finner at Utenrikskomiteen i 1933 uttalte at forretningsordenen § 11 (i dag § 13) oppstilte en plikt som følge av ”konstitusjonell praksis”. I 1973 viste Arbeiderpartiet til konstitusjonell sedvane som begrunnelse for det samme, selv om andre partier var mer skeptiske til dette (ibid). Det forelå ingen fullstendig rettsoverbevisning på dette tidspunktet, og alle kravene til læren om konstitusjonell sedvanerett var derfor ikke oppfylt. På den andre side taler de resterende kravene for at det begynte å utvikle seg en sikker konstitusjonell sedvanerett på området på 1970-tallet.

3.3.8.5 Ileggelse av tilleggsskatt

Etter en gjennomgang av nyere lærebøker i skatterett og ligningsrett, samt enkelte spesialavhandlinger ved det juridiske fakultet, viser det seg at tilleggsskattens opprinnelse ikke er vektlagt i stor grad. Den rådende oppfatning i norsk rett har i lang tid vært at tilleggsskatt ikke er å anse som straff. Det synet har vært dominerende siden Høyesterett tok standpunkt til spørsmålet, sist i 1961. Normen har vært entydig i rettspraksis og ligningspraksis, mens det i juridisk teori har vært

uenighet om grunnlovmessigheten. Andenæs har beskrevet tilleggsskatt som ”straffeskatt” og ansett den for å være en straffereaksjon (Andenæs 1998:350). Domstolene har likevel ikke funnet den å være i strid med Grl. § 96 (Rettstidende 1961 s.1217).

Gjennom den tidligere nevnte Høyesterettsavgjørelsen fra 2000 kommer det frem at det har eksistert en alminnelig oppfatning om at ileggelse av tilleggsskatt rettslig sett var en gyldig norm, selv om det innen juridisk teori har vært noe uenighet. En slik rettsoverbevisning fører likevel med seg at praksisen har eksistert lenge og vært konsekvent, noe også dommen fastslår.

En grundigere gjennomgang av litteraturen på det respektive område, kunne vært gjennomført for å tidfeste normen nærmere. Ny informasjon kunne kanskje vært funnet siden normen har oppstått på det privatrettslige felt. Dessverre tillater ikke oppgavens empiriske fokus en slik undersøkelse. At Andenæs i sin artikkel fastslår at praksisen har blitt anvendt så lenge at det antagelig må godtas som konstitusjonell sedvanerett, gjør det naturlig å slutte at statusen som konstitusjonell sedvanerett er forholdsvis ny.

3.3.9 Foreløpig oppsummering

Som gjennomgangen over har vist, finnes det ikke mange holdepunkter for når læren om konstitusjonell sedvanerett etablerte seg som en del av den norske statsforfatningsretten. Verken søket etter den direkte begrepsbruken eller etter oppkomsten av de enkelte normene, ga noe klart og entydig svar på spørsmålet om ”når”. Læren om konstitusjonell sedvanerett blir stadig oftere referert til, og blir i dag tatt som en selvfølge. Det gjelder både læren i seg selv og betegnelsen av normer som konstitusjonell sedvanerett. Inntrykket en sitter igjen med er at det ikke har eksistert eller eksisterer noen stor oppmerksomhet rundt oppkomsten av de normene som i dag anses for å være sikker konstitusjonell sedvanerett. Det er i ettertid at de har fått denne betegnelsen. Læren som helhet er ikke forsøkt tidfestet i

litteraturen som er gjennomgått. Flere av normene mangler i tillegg en klar avgrensing for når de gikk fra å være sedvane til å bli (konstitusjonell) sedvanerett. Hvis det var en bevissthet rundt fenomenet kommer det uansett ikke til uttrykk gjennom statsrettslige lærebøker eller artikler fra århundreskiftet. Likevel har fenomenet oppstått. Hva kan tenkes å være årsaken til det?

3.4 Hvorfor?

Spørsmålet blir videre *hvorfor* læren om konstitusjonell sedvanerett etablerte seg i norsk statsforfatningsrett. Hva kan være mulige årsaker til at de tidligere nevnte normene ikke ble inkorporert i Grunnloven gjennom formelle endringer, men heller etablerte seg som konstitusjonell sedvanerett? Både læren og de enkelte normene vil opptre som avhengige variabler i det følgende. Spørsmålet om ”hvorfor” vil kun bli besvart ved en kort skissering av mulige forklaringer, både om lærens fremvekst og de enkelte normenes opprinnelse. Disse forklaringene faller grovt sett innenfor fire ulike grupper basert på om det ligger interessepolitiske motiv bak eller ikke, og om det er politikk eller juss som er de styrende krefter bak fenomenet. Det fremkommer ikke noen forklaringer på lærens oppkomst i den litteraturen som ligger til grunn for denne oppgaven, så forklaringene som skisseres her er mulige løsninger slik jeg ser det.

Undersøkelsen kunne vært gjort grundigere ved å gjennomføre en omfattende historisk analyse, men det er ikke mulig å ta for seg en slik i denne oppgaven. I stedet er det tatt utgangspunkt i to ulike historisk-metodiske tilnærminger. Den største forskjellen mellom disse ligger i synet på motivene bak handlingene. Har læren om konstitusjonell sedvanerett og de enkelte normene kommet til som et resultat av en bevisst strategi, eller ligger det andre, mer tilfeldige årsaker til grunn? Ut fra disse tilnærmingene er det igjen utledet andre mulige forklaringer på fenomenet konstitusjonell sedvanerett. De to ulike metodene vil først bli introdusert. Så vil forklaringer på enkeltnormenes oppkomst presenteres, deretter mulige

forklaringer på lærens etablering. De mulige forklaringene vil kun bli kort beskrevet for å gi et bilde av hvor mange ulike motiver som kan ligge til grunn for oppkomsten av læren om konstitusjonell sedvanerett.

3.4.1 Interessepolitiske motiver

Det har blitt hevdet at en historikers oppgave er å lete etter skjulte motiver til historiske aktører, og dermed finne deres egentlige hensikter bak enhver handling. Jens Arup Seip er kanskje den fremste talsmannen for denne metoden, og viser gjennom den at han har en realistisk tilnærming til faget. Hans historiefremstilling er gjennomsyret av skeptisisme i forhold til historiske aktører som politikere og jurister under embetsmannsstaten på 1800-tallet. Det kommer til uttrykk gjennom en skarp kritikk av noen av disse ”nasjonale strateger” som Slagstad kaller dem, og en tro på at mennesket ikke gjør noe uten å ha vinnings hensikt som motiv.

Uttrykket ”vikarierende motiv” brukes om en tilsynelatende begrunnelse for en handling som har som funksjon å skjule eller dra oppmerksomheten bort fra de virkelige motiver (Seip 1963:79). Dette machiavelliske synet på politikk, innebærer at interessemotsetninger og kamp om makt anses for å være de virkelige motivene bak aktørers handlinger. Et slikt syn forfektes også i forbindelse med etableringen av læren om konstitusjonell sedvanerett og dens normer.

Vikarierende motiver gjorde seg gjeldende, ifølge Seip, da læren om prøvingsretten ble lansert av Aschehoug på 1880-tallet. Domstolenes prøvingsrett var ”en slags grunnlovsgivning ved tilsnikelse” (sitert etter Andenæs 1998:21). Det er ikke kjennetegnende for normens *innhold*, som Seip også uttrykker en viss skepsis overfor, men for dens *tilblivelse* gjennom konstitusjonell sedvanerett. Utsagnet viser at det fortsatt eksisterer en skeptisk holdning til sedvanerettens evne til å endre Grunnloven (jf. Morgenstierne). Debatten om domstolenes prøvingsrett som fulgte mellom de to leirene, ledet an av henholdsvis Seip og Andenæs, er kjent og vil ikke

bli kommentert nærmere. Som påpekt tidligere i kapittelet er Seips fremstilling av prøvingsrettens opprinnelse tilbakevist av Smith og Slagstad (jf. 3.3.5).

Den realistiske tilnærmingen ble støttet av juristen Eckhoff, som vi allerede har sett mente Aschehougs lærebok bar preg av ”høyrejus” (jf. 3.1.2). Dette kan ha spilt inn på Aschehougs fremstilling av statsforfatningen, da normene av konstitusjonell sedvaneretts rang kan ha blitt galt fremstilt eller helt utelukket fra fremstillingen. Han kan også bevisst ha unnlatt å nevne en *lære* om konstitusjonell sedvanerett. Dette er så vidt jeg har skjönt ingen utbredt oppfatning i dag, og det står dermed frem som lite sannsynlig at fremstillingen er politisert i noen stor grad.

Den norske grunnloven er gammel. Dens bestemmelser er utformet så åpent at de nødvendigvis krever andre rettskildefaktorer for å bli fullstendige. Seip (1968:114-115) beskriver dette som at forfatningens utforming var av en slik art at ”den fremtvang ytterst dristige manipulasjoner for overhodet å kunne brukes”. Til forskjell fra andre lovtekster eksisterer det svært få utførlige forarbeider til Grunnloven, dette på grunn av Riksforsamlingens knappe tid i 1814. *Få faste holdepunkter i tolkningsprosessen* kan ha åpnet for vid tolkning og bevisst manipulasjon. Denne fleksibiliteten åpner for et stort rom for jurister og politikere til å utnytte systemet gjennom frie tolkninger. En slik forestillingen om at det rettslige er det samme som det interessepolitiske utfordres av Sejersted (se 3.4.2). Videre er Grunnloven, i følge Seip, ”ufullstendig, uklar og motsigende” (Seip 1968:114-115). Grunnlovsteksten ble derfor forlatt, og embetsmennene vendte seg mot den faktiske statsskikken – sedvanen. ”Forfatningen var hva sedvanen hadde gjort den til”, og dette var igjen et ”uttrykk for den stadig mer suverene stilling den politiske makt inntok overfor loven” (ibid). Konstitusjonelle endringer foregikk ikke gjennom formelle prosedyrer, men gjennom inkorporering av sedvanerett.

En rådende *grunnlovskonservatisme* blant politikere kan også ha vært en årsak til at man lot de enkelte normene utvikle seg uten at de ble formelt skrevet inn i Grunnloven. Spesielt ved bred enighet kan en slik situasjon oppstå. Hvis ingen

krever en grunnlovsendring, blir en slik endring heller ikke gjennomført. Forutsetningene er at det foreligger en så stor konsensus, at man velger å ikke lovfeste den nye regelen. Det kommer i tillegg til en uvilje mot å røre ved den skrevne konstitusjonen. Grunnlovskonservatismen kan utnyttes til fordel for bestemte interesser, men i neste avsnitt legges også andre forklaringer i forbindelse med grunnlovskonservatisme frem.

I fortsettelsen av den seipske ånd, eksisterer det alternativet at embetsmenn *ikke så noen mulighet for grunnlovsendring eller -tilføyelse*, og derfor bevisst snek nye normer inn bakveien ved hjelp av konstitusjonell sedvanerett. Det var kanskje ikke et flertall for de nye reglene, og man forsøkte derfor å få de innført på andre måter. En løsning kunne være ved bruk av en praksis som lenge hadde vært vanlig i privat rett – sedvanen. Det er naturlig å tenke seg at hvis dette var måten det ble gjort på, stod jurister eller erfarne politikere bak. På 1800-tallet ble rollene som jurist og politiker, ifølge Seip, til dels overlappet ved at jurister prøvde seg i politikken. Disse personene hadde i så fall kunnskaper nok på begge områder til å utnytte dem til egne interessepolitiske formål. På denne måten kan man ha omgått endringsreglene i Grl. § 112, og i praksis fått iverksatt en ny regel på kortere tid enn hvis en skulle fulgt de formelle bestemmelsene.

Det leder igjen over i den mulighet at *tidsnød* kan ha bidratt til at konstitusjonell sedvanerett ble brukt som hjemmelsgrunnlag. Kanskje i forbindelse med parlamentarismens fremvekst som konstitusjonell sedvanerett, kan nettopp mangel på tid ha vært en av årsaksfaktorene. Det var store stridigheter mellom de politiske leirene på denne tiden, og man hadde verken anledning eller tid til å følge prosedyrene i § 112. Kongen nedla veto mot de mange grunnlovsforslagene som ble fremsatt på 1870- og 1880-tallet. Denne prosessen viste at det å følge de formelle endringsprosedyrene ikke nødvendigvis ga de resultatene man forventet. En kunne derfor bli fristet til å utforske andre muligheter. Normers gjennombrudd som konstitusjonell sedvanerett kan også ha hatt andre årsaker.

En første mulighet er at *politikere* kan ha stått bak, med et ønske om å dekke til politikk med juss for å vinne bredere og raskere aksept for styreskikken. Dette er også i tråd med det Seip forfekter. Det kan ha eksistert et ønske om å legitimere parlamentarismen da den begynte sin utvikling sent på 1800-tallet. Ved å forkle den som en juridisk norm ganske tidlig, vant den fort stor aksept hos både politikere, velgere og jurister, selv om oppgaven har nevnt flere jurister som hadde motforestillinger mot den som en rettslig norm. Konstitusjonell sedvanerett kan ha fungert som en rettslig legitimering av den parlamentariske styreskikken, og legitimeringen kom som en følge av at politiske avgjørelser trengte et juridisk alibi. Norske jurister og embetsmenn gjorde sitt for å ”opphøye en kort sedvane til gyldig statsrett” (Seip 1968:15). Denne muligheten peker på politikere som bevisste pådrivere, med god hjelp fra ledende jurister.

For det andre kan etableringen av normer som konstitusjonell sedvanerett skyldes *juristene* alene. Da de så nye normer og elementer innen politikken vokse frem, kan de ha følt et behov for å sette disse inn i det rettslige systemet. Det kunne sikkert være frustrerende å ha normer som ”svevet” mellom politikk og juss, uten at de hadde noen fast forankring. Grunnlovens regler var på visse områder så uklare at det var rom for liberale tolkninger, og ut fra det igjen åpnet det seg muligheter for utvikling av sedvanerett. Ved å gi disse normene betegnelsen konstitusjonell sedvanerett, falt de inn i et noe mer ordnet system og fikk sin plass i norsk statsrett. Nedenfor legges frem en mulig forklaring på *lærens* fremvekst med jurister som aktive pådrivere.

Alle de hittil nevnte mulighetene på forklaringer, har enkeltnormene av konstitusjonell sedvanerettslig art som avhengig variabel. Det er vanskeligere å forestille seg at noen hadde en bevisst plan eller motiv for at disse normene tilslutt ville skape og være del av en fullstendig rettslære. Læren har kanskje oppstått som følge av at alle normene til sammen skaper den, og disse kan som skissert ha blitt skapt med interessepolitiske motiver som bakgrunn.

En annen mulighet er at jurister *bevisst* har innført læren om konstitusjonell sedvanerett, men *uten* maktpolitiske motiver. Litt enkelt sagt søker jurister at alle skal tenke likt, på den måten at alle skal løse de samme problemene på samme måte ved anvendelse av lover. For å oppnå dette er det satt opp skarpe krav for hva som kjennetegner læren om konstitusjonell sedvanerett. Statsrett er mer uklart enn andre rettsområder, fordi kildene er færre og mer diffuse. Likevel er kravene noe man ønsker å ha, for å kunne følge den klassiske juridiske metoden. Læren om konstitusjonell sedvanerett kan på denne måten ha blitt innført med formål å lette juristers arbeid i å klassifisere regler i et rettskildemessig system. Noen ytterligere forslag til forklaring på lærens fremvekst som følge av en stor plan er det mer problematisk å fremsette.

De alternative forklaringene er alle mulige årsaker til fremveksten av konstitusjonell sedvanerett der konstitusjonelt sedvanerettslige normer bevisst er innført som følge av maktpolitiske motiver. Man kan også innta en annen metodisk tilnærming slik Francis Sejersted gjør.

3.4.2 Ikke-interessebaserte forklaringer

Francis Sejersted representerer en mer idealistisk tilnærming til historien generelt og konstitusjonelle endringer spesielt. Konstitusjonelle endringer gjennom sedvanerett har i følge denne tilnærmingen forekommet fordi det har vært nødvendig ut fra et ønske om det felles beste, eller for å løse mindre problemer som har oppstått underveis. Sejersted utfordrer også Seips fremstilling av embetsmannsstaten på 1970-tallet. Han anser at embetsmannsrollen var tilpasset den klassiske rettstaten, og at embetsmennenes funksjon var ”å få statsmaskineriet til å virke knirkefritt på en velsmurt måte” (sitert etter Slagstad 2001b:55). Seip fremstilte derimot embetsmennene som maktpolitiske figurer.

Den norske konstitusjonelle utviklingen kan generelt sies å ha foregått ordnet og rolig. Det er hevdet å være et resultat av et samarbeid mellom politikken på den ene

side og et enhetlig rettssystem på den andre (Sejersted 2001:289). Aktørene i rettssystemet tildeles mye av æren for at de fant en fin balanse mellom det å støtte den politiske makten, og det å spille en selvstendig rolle som motpart til den (Sejersted 2001:291). Motivene bak endringene gjennom konstitusjonell sedvanerett kan ha vært åpne, med samfunnets beste som siktemål. Det kan også tenkes at det ikke har forekommet noen bevisste tanker bak tilblivelsen av konstitusjonell sedvanerett. Platou (1915:70) hevdet at de mennesker som danner en sedvanerettsregel ikke er seg bevisste på at de danner en rettsregel. Det står i skarp kontrast til tidligere skisserte motiver.

Med utgangspunkt i at konstitusjonelle endringer har oppstått uten hjelp fra maktpolitiske drivkrefter, kan flere forklaringsalternativer skisseres. Fram til 1830-årene var monarkiet styringsidealet. Grl. § 1 lyder ”Kongeriget Norge er et frit, selvstendigt, udelelig og uafhængeligt Rige. Dets Regjeringsform er indskrænket og arvelig monarkisk”. Etter 1830 fremstår Stortinget som mer initiativrikt enn det har gjort tidligere, og denne forfatningsglidningen styrker det nye politiske systemet som betegnes som ”demokrati” (Sejersted 2001:293). Endringene i statsretten som blant annet resulterte i parlamentarismen, kan derfor hevdes å ha kommet for å *sikre stabilitet i staten* gjennom en demokratisering, støttet av både politikere og jurister. Sejersted (2001:302) hevder at rettssystemet ”kan regulere og legitimere relativt omfattende forfatningsglidninger gjennom en fredelig prosess”. Med det kan det spille en motpart til den politiske makt i et felles ønske om det beste for samfunnet. Alles interesser ble søkt ivaretatt selv om det er sannsynlig at det også lå en politisk interessekamp til bunn for tilsynelatende juridiske spørsmål, som for eksempel kampen om prøvingsretten (Sejersted 1984:79).

Sejersted støtter Seip i at ”Schweigaard-perioden”, som begynte i 1830-årene, bar preg av å smelte sammen rett og politikk. Seip ser ledende jurister som Aschehoug og Hagerup som politikere i forkledning. Sejersted (2001:297) støtter seg derimot til Slagstad, og hevder at de samme personene først og fremst var jurister, og at deres

rettstenkning påvirket deres politikk heller enn omvendt. Maktpolitiske og rettslige motiver er dermed ikke nødvendigvis sammenfallende. En kan se en politikers begrunnelse for en avgjørelse for det den er, uten å tolke inn taktiske motiver. Endringer kan ha kommet som et resultat av politikeres *behov for å få grenser og regler til å fungere*, noe som igjen åpner for skapende politikk (Sejersted 1984:111). Et eksempel er prøvingsretten, som kanskje kom til som erstatning for Kongens kontroll med lovgivende myndighet etter at hans personlig makt falt bort (jf. 2.2.5).

Grunnlovskonservatisme er nevnt som en mulig årsak under de interessepolitiske forklaringene, men kan også være en årsaksfaktor her. Selv om det er hevdet å ha rådet en uvilje mot å røre den skrevne Grunnloven, har man vært åpen for endringer gjennom sedvanerett. Det forhold at Grunnloven kanskje var i utakt med sin samtid ganske tidlig etter 1814, kan ha ført til et behov for å få den til å fungere ved hjelp av sedvaneretten (jf. 3.2.1). Forandringer i norsk konstitusjonell skikk blir heller *tolket enn skrevet* inn i Grunnloven. Sedvanen har i den forbindelse vært et dynamisk element som har veid opp for noe av den rigiditeten. Samtidig er flere forfatningsbud formet som generelle bestemmelser heller enn detaljerte regler, og Grunnloven har noen ”tomme rom” som ikke er dekket av rettsregler overhode. Sedvaneretten har da spilt en presiserende og utfyllende rolle (jf. 2.1.3.1).

En konstitusjonell sedvanerett kan videre være en regel som anses for å være *en selvfølge* av jurister, politikere og andre den måtte angå. Normen ligger da latent i rettssystemet og får først betydning når det oppstår problemer rundt den som en må forholde seg til. Domstolenes uavhengighet er en slik norm som av mange er tatt for gitt. Senere regler tyder på at man har forutsatt at domstolene er uavhengige, men prinsippet har aldri blitt slått fast i Grunnloven i en egen erklæring. Dette kan skyldes at det var en selvfølge at domstolene skulle stå fritt fra utøvende og lovgivende makt, og at ingen noen gang har hevdet noe annet. Derfor tenkte en heller ikke på, eller kanskje så det som unødvendig, å grunnlovfeste regelen.

Dette leder igjen over i en tanke om at *fokus på regelens reelle innhold og omstendighetene rundt den* kan ha vært så stort at hjemmelsgrunnlag og trinnhøyde kom i bakgrunnen. Regelens stilling i rettssystemet taper kampen om oppmerksomheten i forhold til striden om regelen skal eksistere eller ikke, og eventuelt hvordan den skal se ut. Rettsstillingen som konstitusjonell sedvanerett oppstår da som et biprodukt av andre årsaker, og det ligger ingen klar tanke bak dens opprinnelse.

Videre kan det ha eksistert en forestilling om at *normene ikke ville bli brukt i utstrakt grad*, og at det derfor ikke ble lagt stor vekt på om normen ble formalisert eller ikke. Eckhoff skrev i 1975 at Høyesteretts prøvingsrettslige kompetanse ikke var bestridt. I samme artikkel sier han også at han ”tviler på om denne myndigheten noen gang vil bli brukt i nevneverdig utstrekning” (Eckhoff 1975:202). Året etterpå ble prøvingsretten brukt i Kløfta-dommen (Slagstad 2001a:268). Prøvingsretten kommer til anvendelse i det norske rettsvesen (Slagstad 2001a:254 flg), selv om det ikke er i utstrakt grad. Muligheten eksisterer derfor for at man kanskje ikke har følt noe press for å formalisere normen, fordi den i så liten grad faktisk har vært brukt av rettsanvenderne. Derfor har det heller ikke vært et behov for å kodifisere den. Normen anses i dag for å ha en viktig funksjon for å opprettholde demokratiet og rettstaten.

Et siste forklaringsalternativ for de enkelte normene må legges frem. Det er en reell mulighet at *noen av normene opprinnelig ikke var tenkt å få en juridisk status*, men skulle forbli politiske normer. Av den enkle grunn ble normene bevisst ikke skrevet inn i Grunnloven da de oppstod, og har heller ikke blitt det senere. Etter at kravene til varighet og fasthet i praksis ble oppfylt, kan det blant dem normene angår ha vokst frem en overbevisning om at dette er regler de er juridisk forpliktet til å følge. I ettertid er det så tolket inn andre forklaringer på hvorfor reglene ikke er skrevet inn i Grunnloven. Det kan også tenkes at jurister har ønsket å gjøre normene

rettslige, slik at en rettvitenskapelig tenkning har gjort seg gjeldende på området (jf. 3.4.1).

Etter å ha presentert ulike muligheter for fremveksten av normer av konstitusjonell sedvanerettslig art, kan en kanskje utlede en forklaring for læren som helhet også. En grunn til fremveksten av læren om konstitusjonell sedvanerett kan være at den har utviklet seg så sakte at det ikke ble lagt merke til før den var fast etablert og innarbeidet som gjeldende rettslære. Denne *utviklingen med små skritt* står i motsetning til den tidligere nevnte forklaringsmodellen, der læren oppstår som følge av en stor plan (jf. 3.4.1). Utviklingen har derimot foregått over lang tid ved at mindre problemer har blitt løst gjennom små, umerkelige endringer og beslutninger, som tilslutt kommer til uttrykk som læren om konstitusjonell sedvanerett. Ettersom konstitusjonell sedvanerett er uskrevne normer, er dette endringer det er naturlig å anta er gjennomført av politikere. Jurister med åpne motiver hadde antakeligvis først forsøkt å innføre nye konstitusjonelle regler ved formelle vedtak, før de anvendte sedvanen på konstitusjonelt nivå. Eventuelt er det naturlig å anta at de åpent ville drøftet en lære om konstitusjonell sedvanerett, noe denne kildene tidligere i kapittelet avkrefter at har forekommet.

3.5 Oppsummering

Enkeltnormene av konstitusjonell sedvanerettslig art eksisterte *før* en egentlig lære kom til. Selv om de er spredt i tid, er det disse som har vært med på å danne en slik lære. Mange av normene som oppstod rundt midten av 1800-tallet som politiske normer, ble senere ansett for å være av konstitusjonell karakter. Det kan tyde på at noen av normene har oppstått og utviklet seg på samme tid, og denne samtidige utviklingen munnet ut i dannelsen av begrepet ”lære om konstitusjonell sedvanerett”.

Tidlig på 1900-tallet finner en de første spor av en virkelig lære, da med Castbergs klare bruk av begrepet ”forfatningsrettslig sedvanerett”. Den som kanskje klarest formulerte læren om konstitusjonell sedvanerett er nok likevel Andenæs i sin lærebok fra 1945. Her blir kriteriene for læren og lærens funksjon diskutert, og det synes som om det for en stor del er allmenn enighet om disse betingelsene. Samtidig er ikke Andenæs konsekvent med å bruke betegnelsen ”konstitusjonell sedvanerett” om de enkelte normene han tar opp utover i boken sin. Lærens tilblivelse og begrepsbruken henger nok likevel sammen, og ikke minst er bevisstgjøringen rundt læren viktig for dens inntog i norsk statsforfatningsrett.

Det er satt opp ulike ideer om hvorfor denne læren etablerte seg i norsk statsrett. Ingen av dem er grundig undersøkt eller testet, og det var heller ikke formålet. Ideene er satt opp for å illustrere hvor lite vi egentlig vet om bakgrunnen til læren om konstitusjonell sedvanerett, og hvor mange ulike forklaringer som kan tenkes å ligge bak den. Forslagene er for det meste utledet av to ulike historietilnærminger, representert ved Seip og Sejersted. De dekker forklaringer både for læren som helhet, og for de enkelte normene. Etter skisseringen av dem viser det seg at det er vanskeligere å komme frem til en god forklaring på oppkomsten av *læren* som helhet og lettere å se mulige årsaker bak *enkeltnormene*. I siste kapittel vil en konklusjon bli forsøkt trukket. Før det vil trådene fra kapittel 2 taes opp igjen, for å se om en egentlig kan snakke om en *lære* om konstitusjonell sedvanerett.

Kapittel 4. Finnes det egentlig noen lære om konstitusjonell sedvanerett - en kritisk vurdering av de oppsatte kriteriene

Som vi har sett, har ikke innholdet i læren om konstitusjonell sedvanerett blitt problematisert noen i stor grad i juridisk, statsvitenskapelig og historisk litteratur. Det har blitt diskutert hva de ulike betingelsene for konstitusjonell sedvanerett egentlig går ut på, og hvilken effekt de har. Derimot har ingen, så langt jeg kan se, satt spørsmålsteget ved om man i det hele tatt kan snakke om en "lære". Dette er påfallende sett på bakgrunn av at det har eksistert så stor uenighet om de ulike kravene. Et annet fremtredende trekk er mangelen på *alternativer* til de kravene som nå er etablert, eller konkrete forslag til presiseringer av dem. Kriteriene ser ut til å være akseptert slik de ser ut i dag. Dette kapittelet vil i det følgende kritisere de enkelte betingelsene, delvis eksemplifisert ved de tidligere gjennomgåtte normene av konstitusjonell sedvanerettslig art. Hvor formålstjenlige er betingelsene satt opp under læren om konstitusjonell sedvanerett? Utgangspunktet for fremstillingen vil fortsatt være ulike juridiske bidrag og deres kommentarer vil bli forsøkt samlet. Samtidig vil noen mer generelle linjer bli trukket ut fra bidragene. Kravet om "god regel" vil bli vektlagt ettersom dette har blitt viet minst oppmerksomhet og blitt minst problematisert i den mest sentrale litteraturen. Også begrepene "lære", "konstitusjonell" og "sedvanerett" vil bli sett nærmere på for å se om en virkelig kan snakke om en *lære* om konstitusjonell sedvanerett. Tilslutt vurderes det foreslåtte kravet om formell forankring og om det kan bidra til å klarere definere hva som er konstitusjonell sedvanerett og ikke.

4.1 Langvarig praksis

Som tidligere nevnt har ikke teorier i norsk rettspraksis fremsatt noen faste krav til varighet. Rettspraksis gir ingen klar veiledning. I Rettstidende (Rt) 1905 (s.797) er

praksis i 15 år ansett som for kort. I Rt 1959 (s.1321) kommer det frem at bruk i 30 år ikke kan begrunne sedvanerett. Disse eksemplene refererer riktignok til lokal sedvanerett, men kan kanskje illustrere sedvanerett generelt. Et allment krav om antall år er umulig å fastsette.

Beskrivelsene av hva langvarig praksis er varierer, men er alle like lite presise. Platou foreslår ”en viss tid” (Platou 1915:72), Gjelsvik ”noko lang tid” (Gjelsvik 1939:45), Andenæs ”lengere tid” (Andenæs 1945:23) og flere forfattere har lignende beskrivelser av kravet om langvarig praksis. I forbindelse med folkerett viste det seg at det ikke nødvendigvis forelå et så strengt krav til varighet. Hvis de andre kriteriene var oppfylt og det manglet andre rettskilder på det aktuelle området, kunne sedvanerett oppstå i løpet av en kortere tidsperiode (jf. 2.1.3.2). Det kan kanskje sies å gjelde på norske forhold også etter hvert, noe den moderne tilnærmingen er et tegn på.

Gjennomgangen av oppkomsten av de enkelte konstitusjonelle sedvanerettene, viser også vanskelighetene ved å skille mellom politisk praksis og konstitusjonell sedvanerett. Når går det over fra å være det ene til å bli det andre? Ettersom kravene til konstitusjonell sedvanerett ikke setter noen fast grense, gjør det vurderingen enda vanskeligere. Det som kanskje kan sies om betingelsen ”langvarig praksis”, er at den maner til *varsomhet* hvis praksis ikke er entydig og fast. Er ikke kravet oppfylt kan det være et varsel om at det ikke foreligger sedvanerett på gjeldende område, eller at sedvaneretten kan ha et snevrere innhold enn først antatt (Stavang 2000:154). Til slutt beror denne betingelsen på en vurdering av omstendighetene. Platou går så langt som å uttrykke et ønske om å sløyfe kravet til varighet fullstendig, og bare legge vekt på om det har utviklet seg en tilstrekkelig fast rettsoverbevisning på området (Eckhoff 1997:260).

Castberg var i 1918 den første juristen som tok til orde for at parlamentarismen var å anse som konstitusjonell sedvanerett (Castberg 1918:291). Selv om den første parlamentariske regjeringen kom i 1884, ga Bredo Morgenstierne uttrykk for

skepsis til parlamentarismens rettslige status i sin lærebok i statsforfatningsrett så sent som i 1927. Dette ble fulgt opp av Gjelsvik ti år senere (jf. 3.3.2). Det er derfor ikke enkelt å tidfeste de enkelte konstitusjonelle sedvanerettene ut fra krav om lang varighet. ”Jo lengre, jo bedre” må fortsatt være den beste rettesnoren, men det gir ingen fast, entydig veiledning for å avklare om en statspraksis er blitt konstitusjonell sedvanerett eller ikke.

4.2 Konsekvent praksis

4.2.1 Generelt

Innholdet i kravet til konsekvent praksis kommer kritikken litt i forkjøpet. Det påpeker selv at visse unntak må tillates, uten at det medfører at kravet ikke er oppfylt. Hvor mange unntak og hvor store de kan være, sies det derimot ingenting om. Dette åpner for en vilkårlig vurdering som gir muligheter til å vektlegge interessebaserte hensyn, og kan således virke manipulerende. Hvis politikere eller jurister tror de kan oppnå noe, enten til sitt eget eller felles beste, vil de anse kravet som oppfylt selv om det har forekommet flere brudd. Er ikke praksisen ønskelig, kan kriteriet om konsekvent praksis brukes som argument for at det ikke har oppstått noen konstitusjonell sedvanerett, fordi praksisen ikke er konsekvent *nok*. Stavang (1998:123) anser at med alle kriteriene sett under ett, vil en sikre seg mot denne type snarveier og lettvinne løsninger både av politikere og andre. Det er likevel et tankekors at kriteriet er så tøyelig.

Mistillitsvotumet er et godt eksempel på at konstitusjonell sedvanerett kan oppstå selv om det finnes brudd på praksisen. Ved to tilfeller har regjeringen gått av etter et vedtatt mistillitsforslag, ved to tilfeller har den blitt sittende. Etter 1895 har det som nevnt ikke forekommet noen brudd på det parlamentariske hovedprinsipp (Stavang 1998:13). Praksis er verken lang eller fast når en ser på hva mistillitsvotum faktisk har ført med seg. Et forbehold må taes, da en kan se praksis som *antesiperte*

mistillitsvota, som ved regjeringsskifte ved valg. Kanskje disse regjeringsskiftene foregår automatisk og problemfritt nettopp på grunn av trusselen om et mistillitsvotum. På denne måten er kriteriet oppfylt i forhold til mistillitsvota.

Det er også uklarheter om andre forhold rundt mistillitsvotumet som kan nevnes her. Våren 2000 satte Stortinget ned et utvalg som skulle utrede Stortingets kontrollfunksjon. I 2002 var utvalgets rapport ferdig, og i forbindelse med mistillitsvotumet stilling ble det uttalt: ”Mistillit må vedtas av et flertall i Stortinget eller Odelstinget” (Rapport til Stortinget (2002-2003):109) Her hevdes det at *Odelstinget* kan vedta et bindende mistillitsforslag, noe jeg ikke finner støtte for andre steder. Ingen av betingelsene satt opp under læren om konstitusjonell sedvanerett er oppfylt. I tillegg kommer det faktum at Odelstinget kun trer sammen i behandling av *lovsaker*. Jeg kan ikke se hvorfor det også skal tre sammen for å vedta et mistillitsforslag. Normen om mistillitsvotum blir ofte brukt som kroneksempel på hva som er å regne som sikker konstitusjonell sedvanerett. Likevel viser utvalgets uttalelser at det også for denne normen finnes uklarheter om hva den går ut på, hvor langt den rekker og i hvilke situasjoner den gjelder.

Domstolenes prøvingsrettslige kompetanse og lex superior prinsippet, er et annet eksempel som fremkaller usikkerhet. Stavang (1999:490) finner, etter en gjennomgang av domspraksis, at lex superior prinsippet på langt nær er så bastant etterlevd gjennom prøvingsretten som man skulle tro. Det som i utgangspunktet synes å være et klart tilfelle av motstrid mellom to rettsnormer av ulik rang, trenger ikke uten videre føre til at den med lavest rang blir satt til side. Tvert i mot argumenterer Stavang (1999:489) for at utfallet like gjerne kan bli at motsetningene mellom de to reglene blir utjevnet av domstolene ved en restriktiv tolkning av regelen med høyest rang. Dette viser Høyesteretts fleksibilitet på området og dens respekt for de folkevalgtes beslutninger. Samtidig er det et tegn på at prinsippet om Grunnloven som høyeste lov ikke alltid blir håndhevet. I denne sammenheng viser det at vilkåret om konsekvent praksis ikke alltid etterleves.

Hovedpoenget er at et kriterium som er utformet vagt, lett kan manipuleres til å svinge begge veier. Det gir derfor ingen *reell* veiledning på hva som skal defineres som konstitusjonell sedvanerett. Noen hevder også at for å gi grunnlag for konstitusjonell sedvanerett, er en viss regelmessighet verken nødvendig eller tilstrekkelig (Smith 2000:11), uten at dette er utdypet nærmere. En årsak kan være at unnlatelse av å bruke en rettsregel ikke nødvendigvis innebærer at rettsregelen ikke lenger er gyldig etter en viss periode (jf. 2.2.1.2). Regelmessigheten kan slik sett verken være noe krav for at konstitusjonell sedvanerett skal oppstå eller bestå.

4.2.2 Nødrettsbetraktninger

Et moment som må nevnes i forbindelse med kravet om konsekvent praksis, er nødrettsbetraktninger. I tilfeller av bruk av konstitusjonell nødrett, er det berettiget å sette gjeldende rett til side eller foreta handlinger som ellers ville være ulovlige og straffbare (Andenæs 1998:455). I 1905 gjorde Stortinget seg til grunnlovgivende forsamling for å få fortgang i endringen av Konstitusjonen, der unionen var innskrevet. Stortinget endret Grunnloven ved vanlig plenarvedtak, uten å følge de retningslinjer som ligger i Grl. § 112 (Andenæs 1998:32). Dette var en unik situasjon som krevde et handlekraftig Storting, og Stortinget gjorde det som var nødvendig. Selv om de formelle endringsreglene i henhold til Grl. § 112 ikke ble fulgt, ble Grunnlovens ånd og prinsipper holdt i hevd, jf. Grl. § 112.

Castbergs statsforfatningsrett tar opp temaet konstitusjonell nødrett. Hans vide anvendelse av dette prinsippet blir senere kritisert av Seip (1968:115-116). Den største faren ligger, i følge Seip, i at det er umulig å avgrense de handlinger som skal dekkes av begrepet. Han får også støtte av Castberg selv for at grensene for når forfatningsbrudd er legitimt, er flytende og vanskelige å definere.

Når den formelle konstitusjon kan bli tilsidesatt som følge av konstitusjonell nødrett, er det naturlig å anta at også den materielle konstitusjonen, blant annet konstitusjonell sedvanerett, kan risikere det samme. Antakeligvis er det en lavere

terskel for nødrettsbetraktninger når det omhandler en konstitusjonell sedvanerett enn en formell grunnlovsbestemmelse. I slike tilfeller kan det altså forekomme, og aksepteres, brudd på kravet om konsekvent praksis.

4.3 Rettsoverbevisning

Noe av den samme tankegangen som Platou har om rettsoverbevisning, finner man igjen hos Augdahl. Han mener kravet til varighet beveger seg over i kravet om rettsoverbevisning. Det kan sies at en sedvane må være så gammel at det tyder på en vel befestet rettsoverbevisning, og at det ikke er grunn til å tro at det er en forbigående stemning (Augdahl 1949:219).

4.3.1 Eksempel: parlamentarismen

Selv om kriteriet om ”*opinio juris*” formelt krever allmenn rettsoverbevisning, har det blitt tolket og forstått dit hen at det kun dreier seg om rettsoverbevisning for dem rettsregelen gjelder. Likevel kan det sies at kravet rett og slett ikke har blitt fulgt i enkelte tilfeller av fremvekst av ny praksis. Boe (1996:322) er blant dem som mener at dette kriteriet er overdrevet, ettersom det har blitt skapt sedvane med visshet om at praksis går på tvers av Grunnloven. Sedvanerettens funksjon som ikke bare supplerende og oppklarende, men også endrende, møtte som nevnt sterk motstand i eldre juridisk teori (Morgenstierne 1909:54-55; Stavang 2000:154). Det klareste eksemplet er parlamentarismen, som gir inntrykk av å stride mot Grunnlovens opprinnelige maktfordeling, da spesielt Kongens makt. Det virker meningsløst å stille krav til rettsoverbevisning når det er klart at konstitusjonelt sedvanerettslige regler har oppstått med viten og vilje på tvers av eksisterende rettsregler. I enkelte juridiske bidrag har blitt hevdet at parlamentarismen har en formell forankring i Grunnloven (jf. 2.2.2). Dette har ikke fått bred støtte, og betingelsen kan dermed ikke sies å være oppfylt for den kanskje mest kjente

uskrevne normen i Norge. Den kan derfor heller ikke stå som et absolutt krav for framtidige sedvanerettsregler.

4.3.2 Andre eksempler

I andre tilfeller er konstitusjonell sedvanerett oppstått som følge av en genuin rettsoverbevisning, slik som domstolenes uavhengighet og domstolenes prøvingsrett. Dette beror kanskje på deres nokså klare formelle forankring i Grunnloven. Mangel på en klar regel som slo fast prinsippene, var ikke noen hindring for at de berørte partene anså praksisen å være en rettslig regel. På den annen side kan den genuine rettsoverbevisningen forklare den formelle forankringen, ved at domstolenes uavhengighet og prøvingsrett ble tatt for å være så selvfølgelige at de lå til grunn for andre regler.

Debatten rundt negativt flertall som konstitusjonell sedvanerett er et annet eksempel. Stavang (1971:161) finner at det blant partiledere på 1960-tallet hersket en overbevisning om at det eksisterte en juridisk, ikke bare moralsk eller politisk, plikt for en regjering å gå av etter å ha fått et negativt flertall mot seg. Til tross for dette, og for en nokså langvarig praksis, anses ikke negativt flertall i dag for å være sikker konstitusjonell sedvanerett. Rettsoverbevisningen blant dem det angår har måttet vike for andre juridiske vurderinger rundt temaet. Det kan til dels også skyldes at parlamentarismen ikke lenger sees som synonymt med flertallsstyre (Stavang 1971:161). Det er i dag normalt med mindretallsregjeringer, noe som lettere vil frambringe negative flertall i tilfelle mistillitsforslag. Negativt flertall vil derfor ikke være tjenelig, hvis det gjennom hyppige regjeringsskifter skaper store uroligheter.

Et annet problem kan eventuelt være å kartlegge om dagens statsråder og stortingsrepresentanter i tilfellet parlamentarisme som konstitusjonell sedvanerett, faktisk regner den praksis som er blitt fulgt for å være rettslig bindende eller ikke. Det samme gjelder om de gjorde det i tiden rundt forrige århundreskifte, da

statspraksisen var forholdsvis ny. Det kan være vanskelig å påvise at følelsen av bundethet overfor en innarbeidet praksis har samme karakter som den pliktfølelsen Grunnlovens egne bestemmelser skaper (Castberg 1964a:50).

Selv om det kan være vanskelig å påvise og måle rettsoppfatninger, er det ikke umulig. Årsaken til at dette kriteriet likevel kan anses som viktig, er at det kan sies å hindre at sedvanerettsdrøftelser glir ut i rent subjektive vurderinger (Sejersted 2002:53). Teorien blir tvunget til grundigere å utrede og dokumentere hvilke holdninger de politiske aktørene har hatt som bakgrunn for sin faste praksis. Samtidig tjener en vurdering av rettsoppfattelse til å sondre mellom politiske og juridiske normer, og dette kriteriet sammen med de andre kan gi en god pekepinn på normers rettslige status.

4.4 En god regel?

4.4.1 Generelt om kravet

Dette siste kravet er også det mest omdiskuterte. For det første: hvem skal avgjøre om det er en god regel eller ikke? For det andre: hva er en god regel og hvem skal den være god for? Det finnes ikke noen svar som alle kan enes om. Dette er i beste fall et politisk vurderingsspørsmål, og kan ikke avgjøres ut fra vanlig juridisk metode.

Platou (1915:74) mente kravet til en god regel ikke hadde noen selvstendig betydning, bortsett fra at sedvanen kunne være så dårlig at det ikke oppstod en ”*opinio juris*” i det hele tatt, jf. tredje krav. Derimot så han at rettspraksis var en av faktorene som kunne skape sedvanerett. Dette er i tråd med eksistensen av domstolenes rettsskapende virksomhet, selv om kravene til sedvanerettsdannelse kan være vanskelige å passe inn i rettspraksis (Eckhoff 1997:261). Stavang (2001:32) hevder kvalitetsvurderingen for det første kan føre til at en gammel

praksis settes til side. Andre ganger leder en slik vurdering til at en må godta en praksis som bare har vært fulgt i noen få tilfeller og over et kort tidsrom, som en fullverdig sedvanerett.

En av de mest kjente sedvanerettene med konstitusjonell trinnhøyde – domstolenes prøvingsrettslige kompetanse – kan illustrere hvor stor uenighet det kan foreligge om kravet til en god regel. Prøvingsretten har blitt oppfattet som alt annet enn en god regel gjennom årene, der Seip nok er den som har vært mest kritisk til normen. Denne kritikken retter seg som nevnt både mot måten den har oppstått på, altså som konstitusjonell sedvanerett, og mot selve innholdet i regelen. I dag får dette synet likevel liten støtte. Et annet eksempel på at en regel ikke alltid er udelt god, finnes i normen om Stortingets instruksjonsrett. Fredrik Sejersted påpeker i sin doktorgradsavhandling at det er en fare for ansvarspulverisering når den statsmakten som skal kontrollere den utøvende makt i ettertid, tiltar seg stadig større deler av den løpende styringen. Det gjør det vanskelig for velgerne å plassere ansvar for det som skjer i samfunnet, og instruksjonsretten er derfor ikke en fullgod regel. Alle regler vil nok ha uheldige konsekvenser, men disse vil forhåpentligvis oppveies av de godene de fører med seg.

Om en norm er god vil i stor grad avhenge av utfallet av vurderingen av de andre betingelsene. En regel som er uegnet, skadelig eller uten hensikt, vil sannsynligvis heller ikke oppfylle kravene til konsekvent bruk, langvarig praksis og rettsoverbevisning. Spørsmålet om hvem som skal vurdere reglenes egnethet står igjen sentralt, og det er ikke alltid åpenbart om en regel oppfyller betingelsen om å være god. Noen forslag til nærmere klargjøring følger derfor i neste avsnitt.

4.4.2 Mulige krav til en god regel

4.4.2.1 Harmoni med andre rettsregler

Stavang (1998:123 flg) hevder i sin fremstilling av parlamentarismen som konstitusjonell sedvanerett, at det parlamentariske system kan sies å være en god regel fordi det passer godt inn i den situasjonen som rundt 1900-tallet ble den vanlige i det politiske liv. Da parlamentarismen etter hvert ble anerkjent som konstitusjonell sedvanerett, ble kravet tillagt stor vekt (Helgesen 1976:219). Utviklingen mot en fraværende kongemakt og økt folkesuverenitet, gjorde parlamentarismen godt egnet til å fylle de tomrom som hadde oppstått.

Stavang får videre støtte av Hylland (1985:54), som finner at kabinettsspørsmålet er en god regel fordi den tjener det politiske systemet og demokratiet som helhet. Regjeringen har gjennom kabinettsspørsmålet en reell trusselmulighet overfor Stortinget, og beholder samtidig sin troverdighet. Også Stortingets instruksjonsmyndighet kan sies å være en regel som tjener statsstyret på en god måte, og som passer godt inn i både det politiske system og rettssystemet (Andenæs 1998:272). Harmoni med eksisterende regler er altså viktig for flere av de konstitusjonelle sedvanerettsreglene. Av dette kan en utlede at en god regel er den som passer godt inn i det politiske system for øvrig. Et slikt krav kan bidra til å sikre at det ikke skapes regler som er uforenelige med andre, og at nydannelser fungerer godt sammen med de allerede etablerte reglene.

4.4.2.2 Andre krav?

Også andre kjennetegn ved en god regel kan tenkes oppsatt. Skal man ta hensyn til virkningene på lang eller kort sikt? Skal det være en regel som er god for statsstyret generelt eller for ett bestemt formål? En rettesnor kan være at regelen skal være god for folket som helhet og ikke først og fremst for de styrende. Det kan virke som en selvfølge, men er kanskje ikke så lett å følge opp i praksis. En god regel støttes i

tillegg ofte av allerede eksisterende regler. En *formell forankring* kan kanskje være en kvalitetssikring, som samtidig skaper en viss kontinuitet og helhet (se 4.5.4).

I forbindelse med den personlige kongemakt ved regjeringsskifter, uttrykker Stavang at Kongen bør forholde seg nøytral i forhold til utnevning av ny statsminister, men at det er et gode å ha ham som en konstitusjonelt ansvarlig person bak et så viktig valg. *Klar ansvars plassering* kan med det være en faktor som har betydning for om en regel anses som god eller ikke. Innen politikken er det spesielt viktig å ha en klar ansvars plassering, både for politikerne selv og for velgermassen som har behov for ansvarliggjøring av politikerne.

Spørsmålet om hvem som skal vurdere en regels egnethet, kan man ikke intuitivt gi noe enkelt svar på. Både politikere og jurister er mulige kandidater. Løsningen ligger vel et sted midt i mellom. Politikere arbeider for å skape regler man føler seg politisk og kanskje også moralsk bundet av, mens juristenes oppgave er å finne juridisk holdbare begrunnelser for hvorfor disse reglene også skal anses å være konstitusjonell sedvanerett. Faren ved dette er at de som til enhver tid sitter med makten har stor innflytelse på hvordan nye praksiser skal oppfattes i det politiske miljø, som igjen sender signaler til den øvrige befolkningen (Helgesen 1976:220). Det samme gjelder for de andre kravene, men hva en god regel innebærer, er muligens det kravet som i størst grad oppfordrer til en subjektiv vurdering. Her kan politiske hensyn fort bli avgjørende. Samtidig er Stortinget det lovgivende organ, og dets representanter burde derfor også spille en aktiv rolle i defineringen av normer som konstitusjonell sedvanerett.

4.5 Annen kritikk

4.5.1 Læren om konstitusjonell "sedvanerett"

4.5.1.1 "Sedvanerett" eller bare "sedvane"?

Boe beveger seg bort fra de konkrete vilkårene for sedvanerett i sin omtale av denne som rettskildefaktor. Han erstatter begrepet "sedvanerett" med "sedvane" (Boe 1996:278), i det han hevder at det i moderne rettskildelære ikke lenger finnes noe skarpt skille mellom disse. Boe (1993:141) ser det som en blindvei å tro at man kan klassifisere regler etter de kriteriene som er satt opp, og ut fra om disse er oppfylt eller ikke vurdere reglenes status slik den gamle rettskildelære gjorde. "Praksis er relevant selv om betingelsene for sedvanerett ikke er oppfylt; den teller bare ikke all verden" (ibid). Som jeg var inne på i kapittel 2, foreligger det en strid mellom blant andre Eckhoff og Helgesen og Boe. Eckhoff og Helgesen vurderer både en rettskildefaktors relevans, slutning og vekt, mens Boe hevder en kun bør ta hensyn til en rettskildefaktors vekt. Den samme synet preger hans tilnærming til sedvanerett. Spørsmålet blir da ikke om sedvanerettsregler har samme status som lovregler, men hvilken *vekt* som skal legges på sedvanen i en rettskildemessig totalvurdering (Boe 1993:154). Vekten avhenger av kvaliteten, og sedvanen vurderes ut fra hvor mye den skal telle, ikke om den er relevant. På denne måten hviler vurderingen på hvor sterkt sedvanen står i forhold til den formelle regelen. Motstandskraften til den aktuelle regelen varierer med hvor klar og tydelig den er.

Berg Wasenden (1998:313) påpeker at det reelt sett ikke er vunnet noe ved å operere med sedvaner med avgjørende vekt, fremfor sedvanerett som selvstendig rettsregel. Tilnærmingen Boe representerer er svært radikal, spesielt med hensyn til læren om konstitusjonelle sedvanerett som mister sitt grunnlag i de diskuterte betingelsene. Det nye begrepsapparatet har ingen klar funksjon, og det har heller ikke fått gjennomslag utad. Høyesterett er blant dem som fortsatt benytter begrepet "sedvanerett" i tradisjonell forstand.

Boe (1996:158) legger til slutt svært stor vekt på helhetsvurderingen av en rettsregel på bekostning av de fire andre elementene når sedvanerettens vekt skal vurderes. Han finner at ingen av betingelsene kan sees som absolutte, noe vi har sett han får støtte i fra flere hold. Til syvende og sist vil utfallet av en helhetsvurdering bestemme om man har å gjøre med en konstitusjonell sedvanerett eller ikke. Ved en slik utvanning av kriteriene kan omfanget av læren om konstitusjonell sedvanerett, det vil si antall normer som omfattes av den, like gjerne økes som minskes. Dette blir da det motsatte av å avvike læren, som Boe tidligere har uttrykt et ønske om gjennom dannelsen av sitt nye begrepsapparat. Kritikken virker med dette mot noe av sin hensikt.

4.5.1.2 Reelle hensyn

Reelle hensyn er som nevnt definert som rettsanvenderens vurderinger. Det ligger i dette at reelle hensyn er en mer subjektiv rettskildefaktor enn de andre.

Rettsanvenderens vurderinger må bygge på et faktagrunnlag basert på rettsspørsmålet regelen gjelder, og holdes innenfor rettssystemets rammer (Boe 1993:250). Samtidig må rettsanvenderen forholde seg til spørsmålet om man skal legge vekt på en *god regel* eller et *godt resultat*. Til tross for noen føringer og rettesnorer, er mye opp til rettsanvenderen selv.

De reelle hensyn som gjør seg gjeldende i forbindelse med en konstitusjonell sedvanerett, bør gis en selvstendig plass ved tolkning av den. Det samme gjelder ved tolkning av andre rettsregler. Så får heller vurderingenes vekt og formål balanseres ut fra den større sammenhengen normen står i. Det er på den ene siden et gode at man i nyere rettskildelære, som påvirker synet på læren om konstitusjonell sedvanerett, ikke er så bundet av faste betingelser og kjennetegn som man var tidligere. Skjønn har fått en større plass. Et større handlingsrom kan på den annen side utnyttes og fylles med misvisende tolkninger og betraktninger. Prosessen med å gjenkjenne normer som konstitusjonell sedvanerett vil med det vanskeliggjøres.

Uenigheten om kabinettsspørsmålet kun er et politisk virkemiddel eller konstitusjonell sedvanerett, er nevnt tidligere. Spørsmålet ble viet en del oppmerksomhet på 1990-tallet uten at man ble enige. I Danmark har det pågått en lignende debatt, der det rådende synet er at kabinettsspørsmål *ikke* utløser noen rettsplikt for regjeringen til å gå av (Sejersted 2002:25). Spørsmålet har nok ikke noen praktisk betydning, ettersom en regjering uansett vil føle seg politisk forpliktet til å stille sine plasser til disposisjon. Parlamentarismen er i stor grad selvregulerende, og en bør kanskje vise varsomhet med å rettsliggjøre alle politiske normer som knyttes til denne. Et slikt syn har også kommet til uttrykk i dansk statsforfatningsrett, der Jens Peter Christensen oppfordrer til å være varsom med å opphøye ”politisk-parlamentarisk praksis” til sedvanerett på konstitusjonelt nivå (Christensen 2002:112).

4.5.1.3 Sedvanerett som rettskilde i statsforfatningsrett?

Det er blitt hevdet at sedvanen ikke kan ha samme rettskildemessige status i forfatningsrett som i privatrett (Morgenstierne 1900:31; Morgenstierne 1926:58). Det begrunnes i at Grunnloven er ment å være uttømmende, samtidig som statsorganene ikke fritt skal disponere over den myndighet som er gitt dem gjennom Grunnloven. Ved siden av dette følger den betraktning at regjering eller storting ved konstitusjonell praksis ikke kan binde domstolene slik at disse avskjæres fra å gjøre det de selv mener er riktig i et fortolkningsspørsmål (Morgenstierne 1926:59). Dessuten rådet det tidligere en oppfatning om at det bare var Kongen som kunne gi lover, og at sedvanen ikke kunne få lovs kraft (Bloch m.fl. 1981:188). Morgenstierne hevder likevel at en reelt sett tar mye hensyn til konstitusjonell praksis, og slik må det også være. Det er den *rettslige* bindingen det fører med seg han er skeptisk til. Her må det nevnes at Morgenstierne møtte motstand i sin samtid, og han var blant de siste juristene til å anerkjenne sedvanerett som rettskilde (jf. 3.2.2).

I dag anses det ikke lenger som noe problem å ha sedvane som rettskilde innen norsk forfatningsrett. Den har tvert i mot fått en sentral rolle gjennom flere av de praksiser som er etablert som nettopp dette. Også folkeretten viser at det ikke bare er innen privatrett sedvanerett kan gi grunnlag for rettslige normer. Men det var lenge skepsis til sedvaneretten som rettskilde innen det forfatningsrettslige område. En annen sak er at det er hevdet at sedvanerettens praktiske betydning er begrenset fordi det forekommer at forfatningsmessige regler godtas *før* det foreligger en praksis som oppfyller kraven satt til sedvanerett (Eckhoff 1965:191). Det er i slike tilfeller reelle hensyn og helhetsvurderingen spiller en avgjørende rolle.

4.5.2 Læren om "konstitusjonell" sedvanerett og lex superior

I forbindelse med legalitetsprinsippet, legger Eckhoff (1963:235) frem to muligheter. Prinsippet kan enten være *konstitusjonelt* og dermed uavhengig av lovhjemmel for at den skal gjelde, eller det kan ha dannet seg en *vanlig* sedvanerett som en erstatning for lovhjemmel. For Eckhoff forekommer det "temmelig problematisk" (ibid) å peke på hvilke kriterier som skal være utslagsgivende for om sedvaneretten skal få den ene eller andre betegnelsen. Det viser noe av vanskeligheten som ligger i det å skulle definere en sedvanerett som konstitusjonell. Kritikken så langt har konsentrert seg om kriteriene til "sedvanerett", men også forholdene rundt begrepet "konstitusjonell" kan det settes spørsmålsteget ved.

4.5.2.1 Endring av konstitusjonell sedvanerett

Jeg har tidligere vært inne på læren om lex superior, som innebærer at en konstitusjonell sedvanerettsregel bare kan endres gjennom Grl. § 112. Samtidig er det også referert til Smith (1997:81) som mener at sedvane mest sannsynlig vil endres gjennom utvikling av ny sedvane. Flere andre støtter synet om at konstitusjonell sedvanerett bare kan fjernes eller endres gjennom vedtak i grunnlovs

form *eller* gjennom ny sedvane (Stavang 1976:428; Castberg 1964:51). I Norge er det bred enighet om at en norm av konstitusjonell sedvanerettslig art ikke kan endres eller oppheves ved vanlig lov. Det er derimot hevdet i dansk rett, der Alf Ross mener domstolenes prøvingsrett kan endres ved alminnelig lov (Ross 1959:144). Det må nevnes at Ross har møtt sterk motstand av andre danske jurister på dette området.

Skulle en sedvanerett endres ved ny sedvane, vil den nye praksisen i begynnelsen være rettsstridig. Hvis den opprettholdes av en tilstrekkelig rettsoverbevisning, vil den nye regelen over tid likevel tre inn i den gamles sted. Det rokker ved noe av poenget ved å kalle en sedvanerettsregel for konstitusjonell, ettersom den ikke lenger faller inn under betegnelsen *lex superior*. Som jeg har vært inne på under 2.1.2.3, opererer Grl. § 112 med forhåndsbindinger som skal favorisere status quo og binde det folkevalgte flertallet. Gjennom sedvane kan regler endres *uten* å gå veien om prosedyrene i Grl. § 112, og de er dermed ikke beskyttet av de mekanismene slik som opprinnelig tenkt. Utøvelsen av den såkalte læren om konstitusjonell sedvanerett motsier på denne måten seg selv i noen av sine betingelser. På den andre side kan endring gjennom sedvanerett ta lenger tid enn en formell grunnlovsendring. Det viste gjennomgangen av normenes tilblivelse som konstitusjonell sedvanerett. På denne måten er det kun skranken om *kvalifisert flertall* som blir unngått. Den aktuelle normen kan likevel få reell virkning umiddelbart, uansett om den defineres som konstitusjonell sedvanerett eller ikke, og dette fremstår dermed som et problematisk felt.

4.5.2.2 Hva defineres som ”konstitusjonell”?

Videre kan en ane en inkonsekvens i hva som blir definert som *konstitusjonell* sedvanerett og hva som ikke blir det. Bestemmelsene i Stortingets forretningsorden kan endres ved simpelt flertall gjennom plenarvedtak, og er dermed ikke ansett som konstitusjonell sedvanerett. De anses heller ikke for å være en del av forfatningen i materiell forstand. Samtidig angår de i høyeste grad spilleregler for et av våre

statsorganer – Stortinget. Én av bestemmelsene i forretningsordenen er gitt betegnelsen som sikker konstitusjonell sedvanerett i juridisk litteratur og i det foregående – skattebeslutninger i plenum. At forretningsordenen inneholder nedskrevne regler har ingen betydning for at de samme reglene kan utledes av konstitusjonell sedvanerett, det vil si uskrevne normer. Det var regjeringens konsultasjonsplikt et godt eksempel på (jf. 2.2.8.4).

Enn så lenge har ikke uklarheten rundt hva som defineres som konstitusjonell vært et reelt problem. Det gjelder også det faktum at Stortingets forretningsorden, og da også regler av konstitusjonell rang i denne, kan endres ved simpelt flertall. Norge har ikke, etter 1945, hatt noen makthavere eller stortingsflertall som har utnyttet muligheten til maktmisbruk. Derimot kan det være farlig å være så naiv å tro at dette aldri kan skje (Smith 1994:66). Det er nettopp hvis slike situasjoner skulle oppstå man trenger bindinger gjennom Grunnloven som begrenser muligheten til å ta forhastede beslutninger, og med det krenke mindretallets rettigheter. I tilfelle situasjoner med urolige og uheldige politiske svingninger bør de mest fundamentale rettigheter være sikret. Av det følger at det må være viktig å avklare hva som er konstitusjonelle regler og hva som ikke er det, for så å gi dem et respektivt vern mot endring. Samtidig må en være klar over at lex superior prinsippet ikke gir noen automatisk løsning på problemene en møter, men selv bare er et hensyn med relativ vekt (Helgesen 1977:235-236). En bør være forsiktig med å sette sin lit til trinnhøyden, og heller fokusere på rettskildefaktorenes relevans og vekt (ibid, se 4.5.1.1).

En annen sak er at det ikke alltid foreligger en enhetlig rettoppfatning blant jurister om hvilken trinnhøyde en sedvanerett skal ha. Ett eksempel er Carsten Smith som så sent som i 1975 uttrykte usikkerhet om domstolenes prøvingsrettslige kompetanse var av ”grunnlovskvalitet” (C. Smith 1975:302), og om det var nødvendig med grunnlovsvedtak for å få den fjernet eller endret. Prøvingsretten er ikke hjemlet i Grunnloven, men det er en myndighet Høyesterett selv har utviklet

gjennom praksis. Det er derfor ikke åpenbart hvilken trinnhøyde den skal tildeles i rettssystemet, og den samme tvilen kan nok forekomme for flere av sedvanerettene av konstitusjonell rang.

4.5.3 "Læren" om konstitusjonell sedvanerett

Tidligere i oppgaven ble det satt opp noen betraktninger rundt hva en "lære" innebærer (jf. 2.1.1). Hvordan er disse oppfylt? Kan vi egentlige snakke om en *lære* om konstitusjonell sedvanerett?

4.5.3.1 Nødvendige og tilstrekkelige betingelser: en enhetlig lære?

Fire betraktninger om hva som kjennetegner en "lære" ble satt opp. Den første omhandlet et sett med nødvendige og tilstrekkelige betingelser. Uttrykket "lære" skaper en forventning om at slike betingelser foreligger, at de lar seg operasjonalisere og at det er allmenn enighet om dem.

Den tradisjonelle læren om konstitusjonell sedvanerett er dårlig egnet til å gi veiledning om hva som faktisk tillegges vekt ved løsning av rettsspørsmål (Eckhoff 1997:261). Det er til dels satt opp krav for at normer skal kunne sorteres under begrepet konstitusjonell sedvanerett, men disse varierer fra forfatter til forfatter. Ikke minst er det stor variasjon i *vektleggingen* av kriteriene, og hvordan de skal tolkes. Alle kriteriene hviler på subjektive vurderinger, ingen på faste objektive krav. Ingen av vilkårene har et helt entydig innhold. Selv om kravene fungerer som pekepinner og kan gi rettsanvenderne et utgangspunkt for sin analyse, gir en gjennomgang av dem inntrykk av at læren om konstitusjonell sedvanerett ikke har noen reell funksjon i vurderinger av rettslige spørsmål. En rettesnor kan likevel være at hvis kriteriene ikke er oppfylt til fulle, får rettsregelen også mindre vekt (Helgesen 1977:237).

Diskusjonen om kabinettspørsmålet er konstitusjonell sedvanerett eller ikke, er et godt eksempel på hvor lite veiledning de oppsatte kravene egentlig gir. Uenigheten

om kabinettsspørsmålets rettsstilling er stor. Kravene satt opp under ”sedvanerett” kan brukes for å underbygge ulike oppfatninger, ettersom de i stor grad kan tolkes i den retning man ønsker. De stringente kravene gir ikke de klare resultatene de var ment å fremskaffe. Til syvende og sist vil et slikt spørsmål ikke bli løst før det bli satt på en reell prøve. Hvis en regjering etter å ha stilt kabinettsspørsmål og tapt, blir sittende uten annen grunn enn at de ombestemte seg, vil de da bli stilt for Riksretten? Vil Stortinget bruke mistillitsinstituttet for å få fjernet regjeringen? Eller vil den kunne bli sittende? Dette vil først vise seg hvis situasjonen faktisk oppstår. Det samme gjelder for de andre uskrevne normene av konstitusjonell rang.

Det er vanskelig å konkludere med at det foreligger noen enhetlig lære om konstitusjonell sedvanerett. Ved å skape en mer dynamisk utvikling i statsretten, har bruk av konstitusjonell sedvanerett hatt en reell funksjon. Om vi kan snakke om en ”lære” om konstitusjonell sedvanerett er mer tvilsomt før kravene som skal inngå i en slik er bedre avklart og mer entydige enn de fremstår som i dag. Betingelsene som er satt opp er heller ikke lette å operasjonalisere. Det finnes for eksempel ikke noen faste holdepunkter for hvor langvarig en praksis skal ha vært, for at det første kravet anses som oppfylt. Det svekker ”læren” betraktelig.

Hvordan er det så med lærens gyldighet?

4.5.3.2 En gyldig lære?

Denne betingelsen satt til en lære, går ut på at normer som oppfyller kriteriene under læren om konstitusjonell sedvanerett automatisk skal få denne statusen og betegnes som sikker konstitusjonell sedvanerett.

Den foregående gjennomgangen har ikke tatt for seg normer som kanskje oppfyller de oppsatte betingelsene, men som likevel ikke regnes som konstitusjonell sedvanerett. Ett eksempel kan trekkes frem. Det er nevnt at store deler av det som står i Stortingets forretningsorden like gjerne kunne stått i Grunnloven (Andenæs 1998:11). For eksempel sier bestemmelsen i forretningsordenens § 45 at det er

stortingspresidentens stemme som gjør utslaget når stemmene står likt. Denne praksisen har stått fast i mange år og vil mest sannsynlig fortsatt bli fulgt. Uten at det er undersøkt, kan det også være naturlig å anta at det blant stortingsrepresentantene eksisterer en rettsoverbevisning om at dette er gjeldende rett. Det faktum at stortingspresidentens avgjørende stemme er en effektiv måte å løse tvister på kan tyde på at det er en god regel. Skal praksisen endres er det stor sannsynlighet for at det må skje gjennom en grunnlovsendring. Man står kanskje her overfor en norm som oppfyller kravene satt til læren om konstitusjonell sedvanerett, men som likevel ikke omtales som dette.

Slike normer finnes det mest sannsynlig flere av, og at disse ikke automatisk faller inn under begrepet konstitusjonell sedvanerett, viser en vilkårlighet i læren. Så lenge ingen er uenige om en norms betydning, blir det heller ikke fastslått hvilken trinnhøyde eller hjemmelsgrunnlag den har. Det er som sagt ingen fare så lenge maktinnehaverne ikke misbruker mulighetene som ligger der, men man skal ikke ta for gitt at ingen vil øyne muligheten til å tilsnike seg mer makt, da gjerne ved å utnytte slike uklarheter i statsretten.

Denne kritikken har tatt utgangspunkt i den *tradisjonelle* læren om sedvanerett, som inneholder bestemte kriterier. Den *moderne* læren tar som nevnt avstand fra slike faste krav, og legger avgjørende vekt på helhetsvurderingen og reelle hensyn. I et slikt perspektiv blir det enda vanskeligere å snakke om en egentlig lære. Det er ikke lenger noen "rettigheter eller plikter" (Hylland 1985:55) som binder en, og læren fremtrer dermed som noe uhåndgripelig og vag.

4.5.4 Kravet om formell forankring

Det bringer oss over i det tidligere foreslåtte kravet om formell forankring. Kan dette kravet gjøre klassifiseringen av normer som konstitusjonell sedvanerett enklere og mer formålstjenlig? Er det rimelig at en slik forankring foreligger eller er det et krav som ikke har noen hensikt?

Som vi har sett, bygger mange av de normene som i dag anses for å være konstitusjonell sedvanerett på bestemmelser i Grunnloven. Parlamentarismen har blitt betraktet både som en direkte motsigelse av Grunnloven, og som en naturlig følge av enkelte bestemmelser i den. Denne normen gir oss derfor ingen god veiledning i så henseende. Legalitetsprinsippet, domstolenes uavhengighet og domstolenes prøvingsrett er normer som er ansett å ha støtte i skrevne grunnlovsbestemmelser. På denne måten er de å betrakte som presiserende tolkninger av Grunnloven, slik som innledningsvis ble nevnt. Prøvingsretten er derimot en rettsregel som også er blitt hevdet å ha oppstått i et tomrom (Helgesen 1977:232), det vil si at den spiller en utfyllende funksjon i forhold til Grunnloven. Riktignok finnes det regler i Grunnloven som støtter opp om denne praksisen, men selve praksisen er ikke eksplisitt dekket av Grunnlovens ord. Hvis det er tilfellet har den heller ingen formell forankring. Opphøret av den personlige kongemakt, regjeringens opplysningsplikt og Stortingets instruksjonsmyndighet er eksempler på normer som har vokst fram i takt med samtiden, uten at de har noen klar formell forankring i Grunnloven.

Uenighet om de ulike rettsreglene gjør det dermed vanskelig å definere om formell forankring er et felles kjennetegn eller ikke. Sejersted (2002:35) påpeker at en regel ikke kan basere seg *både* på utvidende tolkning og på sedvane samtidig, men bare en av delene. En regel må dermed kunne utledes av lov alene og av sedvanerett alene. Regjeringens konsultasjonsplikt var et eksempel på at man kan utlede en regel av begge deler.

Skreven rett kan også fungere som *støtteargument* i sedvanerettsdannelse. Når en skreven regel har fått rang av konstitusjonell sedvanerett, er det et uttrykk for at regelen ikke lenger kan forankres i den opprinnelige bestemmelsen. I stedet må den konstrueres på nytt på et selvstendig grunnlag ut fra kriteriene til læren om konstitusjonell sedvanerett. Kravet til formell forankring blir slik sett ikke noe godt

krav. Det må eventuelt modifiseres til at det bør eksistere en skreven norm som kan *støtte opp* om den eventuelle konstitusjonell sedvaneretten.

Når det gjelder normer som er sikker konstitusjonell sedvanerett, er de som regel så fast etablert at en forankring i en formell rettsregel er unødvendig. Men på grunn av lettere aksept når en formell forankring eksisterer, søker flere å finne slike til sedvanerettsdannelser av konstitusjonell art. Det kan være ærligere å bruke den rene sedvanerettsfunksjonen, enn å fortolke inn regler i skrevne lover som aldri var ment å regulere de gjeldende forhold. Etter å ha sett på de forgående normene og deres formelle forankring, er det nok heller usikkert om formell forankring tilfører noe nyttig til læren om konstitusjonell sedvanerett. Det er like vanskelig å vurdere om kravet til formell forankring er oppfylt, som det er å vurdere de andre kravene. På denne måten kan en si at kravet ikke er noe dårligere enn de som allerede er oppstilt. Formålet var likevel å finne et fastere krav til læren om konstitusjonell sedvanerett enn de som allerede foreligger. Det kan ikke kravet om formell forankring sies å være. Det er på den andre side sunt å sette opp slike krav for å se om man kan finne noen flere fellestrekk ved normene som inngår i læren om konstitusjonell sedvanerett, og med det bidra til å klargjøre læren og gjøre den mer håndfast.

4.6 Oppsummering

Det ser ut til at betingelsene under konstitusjonell sedvanerett i stor grad kan tilpasses den situasjonen man står i, og kan tolkes i den retning man vil. De uskrevne normenes rettstilling blir med det utydeliggjort. Kriteriene gir ingen reell veiledning på hva man skal anse som konstitusjonell sedvanerett og ikke, og kan derfor ikke sies å være formålstjenlige. En skjønnsmessig helhetvurdering er ofte det som avgjør rettsgrunnlaget for en norm. Videre kommer det frem gjennom kritikken av begrepene ”konstitusjonell” og ”lære” at disse er problematiske å definere på en klar og hensiktsmessig måte. I den grad en slik klar definering er

mulig, ser det likevel ut til at det ikke finnes noen konsistent oppfølging av hva som defineres som konstitusjonelt og ikke. Heller ikke kravene satt til en lære oppfylles av ”læren om konstitusjonell sedvanerett”. Det er likevel viktig å presisere at selv om man er kritisk til begrepet ”lære”, har de konstitusjonelt sedvanerettslige normene fortsatt stor betydning og er like gjeldende som før. Noen enkel klassifiseringsform av regler etter en lære om konstitusjonell sedvanerett kan man nok ikke påberope seg. Det ser ut til at de tradisjonelle vilkårene er redusert til støtteargumenter for en helhetsvurdering av hver enkelt norm. Det ser også ut til at de forhåndsbindingene som ligger i Grunnloven ikke fungerer slik de var tenkt, som en følge av at konstitusjonell sedvanerett blir brukt som endringsmetode. Videre gjenstår det å se hvilke konsekvenser dette får.

Kapittel 5. Avslutning

5.1 Oppsummering

Oppgavens utgangspunkt var uttrykket ”læren om konstitusjonell sedvanerett” og de tre sentrale begrepene ”lære”, ”konstitusjonell” og ”sedvanerett” ble definert. Videre ble betingelsene for hva som kan karakteriseres som konstitusjonell sedvanerett satt opp, basert på de kriteriene som går igjen i juridisk litteratur i dag. De tre tradisjonelle betingelsene er langvarig bruk, fast praksis og allmenn rettsoverbevisning. I tillegg kommer krav om en god regel og en helhetvurdering der reelle hensyn spiller en sentral rolle. Formell forankring ble foreslått som en ny betingelse, for lettere å klassifisere normer som konstitusjonell sedvanerett. Kriteriene ble med vilje gjort *kort* rede for, ettersom oppgaven ville komme grundigere tilbake til dem senere. Betingelsene er allment akseptert, til tross for noen uoverensstemmelser om vektlegging av dem. Det er heller ikke full enighet om alle betingelsene er nødt til å være oppfylt, for at en skal kunne snakke om konstitusjonell sedvanerett.

Deretter fulgte en gjennomgang av normene som antas å ha status som konstitusjonell sedvanerett. Listen over normer tok mål av seg til å være uttømmende, og viste seg å bli nokså lang og omfattende. De fleste av disse normene er allment ansett for å være sikker konstitusjonell sedvanerett. Noen normer er det mer tvil om, gjerne fordi de er av nyere dato og derfor ikke innfrir kravet om langvarig praksis. Det er tatt forbehold om at det kan forekomme flere normer som også faller inn under læren om konstitusjonell sedvanerett. Disse er i så fall mindre sentrale i forfatningsretten og har derfor ikke kommet med på listen. Under hver norm ble det sannsynliggjort at de oppfylte de tidligere oppsatte kravene til konstitusjonell sedvanerett.

Kapittel 3 tok for seg oppgavens empiriske del. Kildegrunnlaget var hovedsaklig sentral juridisk statsrettslitteratur fra tiden rundt forrige århundreskifte.

Gjennomgangen av den nokså sparsomme litteraturen på området hadde to formål. For det første stod begrepet ”konstitusjonell sedvanerett” i fokus. Her ga de nevnte primærkildene lite informasjon. Begrepet ble ikke brukt av de mest fremtredende juristene på 1800-tallet. Det tidligste bidraget som benytter seg av denne fagterminologien er så vidt jeg har funnet Castbergs artikkel om maktfordelingsprinsippet fra 1918. Etter dette ble begrepet sakte men sikkert inkorporert i den juridiske litteraturen, men likevel ikke aktivt brukt før i nyere statsforfatningsverk. Andenæs’ lærebok i 1945 er den første og antakeligvis viktigste av disse, da denne klart formulerte og videreførte ”læren om konstitusjonell sedvanerett”. For det andre ble de enkelte sedvanerettens opprinnelse gjennomgått. Heller ikke denne jakten bidro i stor grad til en klargjøring av lærens oppkomst. Den eldste norske sedvaneretten av konstitusjonell art er mest sannsynlig domstolenes prøvingsrett. Det tok en stund før denne praksisen befestet seg som konstitusjonell sedvanerett, men tanken om at sedvanerett kunne fungere som rettskilde på konstitusjonelt nivå var tilstede allerede i en Høyesterettsdom av 1822. Begrepet ”konstitusjonell sedvanerett” kom som nevnt likevel ikke til før på begynnelsen av 1900-tallet, nesten 100 år etter denne første konstitusjonelt sedvanerettslige praksisens opprinnelse.

Med utgangspunkt i to ulike tilnærminger ble flere forklaringsalternativer til konstitusjonell sedvanerett skissert. De rettet seg både mot læren som sådan og mot de enkelte normene. Hovedskillet mellom de to fremgangsmåtene lå i synet på motivene som drev de politiske og juridiske aktører. Vokste konstitusjonell sedvanerett frem som følge av en helhetlig bevisst plan, eller som et ”biprodukt” av mange mindre endringer? Den andre dimensjonen lå i skillet mellom jurister og politikere som aktører. Det skillet viste seg å være problematisk, ettersom rollene i embetsmannsstaten gled noe over i hverandre. Primærkildene som ble gjennomgått tidligere i kapittelet ga ingen svar på problemstillingen ”hvorfor”, og alle

forklaringsalternativene er derfor forslag utledet fra egne ideer inspirert av de nevnte kildene.

I kapittel 4 ble de tidligere oppsatte betingelsene til konstitusjonell sedvanerett sett nærmere på. Ingen av kriteriene kan etter den drøftingen sies å stille konkrete krav til læren. De fremsto alle som noe vage og uspesifikke i sitt innhold. Den empiriske gjennomgangen bidro heller ikke til å finne mer spesifikke fellestrekk som kunne konkretisere betingelsene. De tre begrepene ”lære”, ”konstitusjonell” og ”sedvanerett” ble igjen tatt opp med et mer kritisk utgangspunkt. Analysen rettet seg inn mot å besvare spørsmålet om det egentlig eksisterer noen lære. Eget forslag til betingelse som ble fremlagt i kapittel 2 ble også gjennomgått, uten at det stod frem som et klarere kriterie enn de andre.

5.2 Konklusjoner

Oppgavens problemstilling lød:

Finnes det egentlig noen *lære* om konstitusjonell sedvanerett, og når og hvorfor ble den i så fall etablert i norsk statsrett?

Etter å ha sett på kriteriene og normene som inngår i læren om konstitusjonell sedvanerett, samt undersøkt en del eldre juridisk litteratur, er vi nærmere svarene på dette nå enn til å begynne med. Først til spørsmålet om en egentlig *lære*.

Forslagene til hva som kjennetegner en lære ble satt opp ut fra egne antakelser. Betingelsene som skal definere en lære skal for det første være nødvendige og tilstrekkelige. Videre må de være operasjonaliserbare, og det bør foreligge en enhetlig forståelse av dem. Til slutt må læren være gyldig ved at en praksis som oppfyller de oppsatte betingelsene automatisk anses som sikker konstitusjonell sedvanerett. Disse kjennetegnene ser ikke ut til å være oppfylt. Betingelsene under konstitusjonell sedvanerett legger defineringen av sitt innhold i rettsanvendernes

hender, noe som bidrar til mindre stabilitet rundt viktige regeldannelser. Jeg har ikke klart å tydeliggjøre kravene i stor grad, men heller nøyd meg med å påpeke og rette oppmerksomheten mot svakheter som bør endres på. Det bør være mulig å sette opp mer konkrete rammer i betingelsene som rettsanvendere kan forholde seg til. Slik vil læren fremstå som mer anvendelig og lettere å forholde seg til for dem den aktuelle normen måtte gjelde. De uklare betingelsene er dermed én årsak til at læren om konstitusjonell sedvanerett ikke kan sies å være en egentlig lære.

Det viste seg videre at betingelsene ble fulgt i ulik grad av ulike rettsanvendere. Hvilke kriterier som til enhver tid skal gjelde og hvilken vekt de skal tillegges varierer. Læren har dermed heller ingen enhetlig forståelse eller oppfatning blant jurister. Til slutt dekker ikke læren nødvendigvis det den er ment å dekke, da normer som oppfyller kravene likevel ikke får betegnelsen konstitusjonell sedvanerett. Ett eksempel fra Stortingets forretningsorden ble gitt, og det finnes antakeligvis mange flere. Når en legger til grunn disse kravene til en lære, må det kunne anses som problematisk å betegne læren om konstitusjonell sedvanerett som gyldig.

Videre er det et tankekors at sedvane kan endre sedvane uten etterfølgende sanksjoner. Enda mer oppsiktsvekkende er det at sedvane kan endre, supplere og til og med bryte *Grunnloven* uten at det får noen rettslige følger. Har egentlig Grunnloven en sterkere beskyttelse mot endring enn våre andre lover, når sedvane kan endre begge deler? Utgangspunktet for oppgaven var at Grunnloven er lex superior og dermed skal være sterkere beskyttet enn vanlig lovgivning. Det er jurister, statsvitere og historikere og for en stor del tatt for gitt. Etter å ha sett nærmere på konstitusjonell sedvaneretts rolle i statsretten er ikke dette lenger sikkert. Beskyttelsesmekanismene som ligger i Grl. § 112 fungerer ikke etter sin hensikt, ettersom konstitusjonelle endringer ikke alltid har fulgt de formelle prosedyrene. Samtidig ligger det et spenningsforhold mellom ønsket om stabilitet og behov for fleksibilitet i statsstyret. Sedvanen kan sies å ha fungert som et

fleksibelt innslag i en ellers konservativ grunnlov, uten at det i praksis har vært forstyrrende. Inntrykket er at den norske grunnloven stort sett fungerer godt. Først ved de teoretiske aspektene trer mulige farer frem. Det finnes ikke noen sikker beskyttelse mot manipulasjon av grunnlovsregler ved bruk av sedvanerett, hvis det skulle være nødvendig.

Et annet trekk som trer frem etter å ha sett listen av normer som mer eller mindre oppfyller kravene satt til konstitusjonell sedvanerett, er at det er en betydelig del av vår forfatning som er hjemlet i sedvanerett. Ikke bare er det et forholdsvis stort kvantitativt omfang, men det er til dels også sentrale og viktige normer som er kommet til på dette viset. Spørsmålet er om man er fornøyd med den beskyttelsen og hjemmelen disse bestemmelsene har. Alternativet er å søke etter en formell forankring som kanskje bedre beskytter normer mot endring enn sedvane alene.

Det ser ut til at en norm får betegnelsen konstitusjonell sedvanerett når det er dannet en samlet holdning om det blant ledende *jurister*. Det er som sagt jurister som vurderer når de enkelte betingelsene er oppfylt. Når en slik felles enighet foreligger anses altså normen for å ha eksistert så lenge, vært så konsekvent og er så allment akseptert av de den angår at den oppfyller kravene som er satt til konstitusjonell sedvanerett. De siste tiårene har det, så vidt jeg vet, svært sjelden forekommet at *stortingsrepresentanter* vurderer når de enkelte kravene er oppfylt. Det er også sjelden de er de første til å betegne en norm som konstitusjonell sedvanerett. Representantene har kanskje en tendens til å etterleve og bruke normene noe ukritisk i forhold til deres rettsgrunnlag. Det er tankevekkende ettersom det fortsatt er Stortinget som er Norges lovgivende organ, ikke ledende jurister. Det skaper en ubalanse i den parlamentariske funksjonsfordelingen når jurister inntar en så dominerende rolle i definering av normer. Både ansvarsdeling og –plassering fremstår med det som noe problematisk.

For andre del av problemstillingen er også konklusjonen usikker. Analysen tok utgangspunkt i læren om konstitusjonell sedvanerett slik den defineres i dag.

Konklusjonen vil derfor referere til denne, og ikke ta hensyn til at læren senere i oppgaven ble avfeid som en ugyldig lære. Det er svært vanskelig å komme med en eksakt tidfesting av når den såkalte læren om konstitusjonell sedvanerett ble etablert i Norge. Det en kan utlede av den empiriske gjennomgangen er at en kan ane spor av en virkelig lære på begynnelsen av 1900-tallet, da uttrykket ”konstitusjonell sedvane” først ble tatt i bruk. Etter annen verdenskrig har Andenæs vært den sentrale skikkelsen i den videre utviklingen og formuleringen av læren om konstitusjonell sedvanerett, noe som viser seg i rettslitteratur i dag. Det er ikke bare læren det er vanskelig å tidfeste, men også de enkelte normene. Svært få av disse kan tidfestes med stor nøyaktighet ettersom det er skrevet såpass lite om deres opprinnelse. Det er heller ikke mulig å se noen fellestrekk for hvor lenge de har eksistert som sedvaner, før de går over til å bli rettsregler. Både varighet og fasthet varierer i stor grad fra norm til norm.

Det finnes en sammenheng mellom når og hvorfor læren om konstitusjonell sedvanerett etablerte seg i norsk statsrett. Lærens inntog ligner selv på de kravene som er satt til den og de normene den er ment å dekke. Den har kommet over tid, med en gradvis lang og fast praksis og en økende rettsoverbevisning om at dette er en faktisk lære. Den har, som noen av sine normer, ”sneket seg inn bakveien”. Mange har ikke vært seg bevisste dens utvikling, før den hadde etablert seg for godt. Slik sett er det like vanskelig å tidfeste og begrunne denne som enkelte av normene den er ment å dekke. Læren om konstitusjonell sedvanerett som sådan har fått lite oppmerksomhet og omtale i juridiske bidrag. I tillegg støtter den gradvise fremveksten av den opp under tanken om at det heller ikke lå noen fasttømret plan bak den. Som tidligere antydnet ser det ut til at flere normer er tatt for gitt og i liten grad reflektert over, før de har fungert så lenge at de defineres som sedvanerett med konstitusjonell trinnhøyde. Den norske forfatningen har utviklet seg gjennom mange små endringer, der målsetningen for endringene kanskje har blitt endret underveis.

Hvis det er slik at det lå bevisste motiver bak innføringen av læren om konstitusjonell sedvanerett, vil det bety at jurister og politikere bevisst unnlot å nevne læren i sine lærebøker og artikler fra rundt århundreskiftet. Dessuten vil den svært forsiktige utviklingen bety at de som stod bak en slik plan eide en veldig tålmodighet, og var villige til å vente i over 100 år på at en lære ville befestes seg. En mer plausibel forklaring kan fremlegges ut fra hva som er funnet, eller ikke funnet, i det empiriske grunnlaget. Læren om konstitusjonell sedvanerett har vokst frem gjennom en skrittvis utvikling uten noen helhetlig, bakenforliggende plan. Først i ettertid har en kunnet se fellestrekk mellom de allerede eksisterende normene, og ut fra disse skapt en lære. Det at det ikke har ligget noen stor plan bak selve læren om konstitusjonell sedvanerett, utelukker ikke at det kan ha ligget interessepolitiske motiver bak noen av normene som antakeligvis til sammen har skapt læren. Hvilke motiver som ligger bak normene på generell basis er umulig å besvare her.

5.3 Avsluttende bemerkninger

Ut fra det empiriske materialet som ligger til grunn for oppgaven, er det presentert rimelige konklusjoner. Det kan foreligge svakheter ved disse, på den måten at de kunne fortont seg annerledes ved bruk av annet kildegrunnlag.

Juridisk metodelitteratur er en kilde som kunne gitt en annen vinkling på læren om konstitusjonell sedvanerett. Større bruk av domspraksis kunne også gitt mer informasjon, men tid og ressurser har ikke tillatt det i denne oppgaven.

Innledningsvis nevnte jeg at en jurist nok ville løst problemstillingen på en annen måte enn jeg som statsviter har gjort. På grunn av emneområdet – statsforfatningsrett – har jeg basert oppgaven *både* på juridiske og statsvitenskapelige kilder. Det ligger en utfordring i å kombinere to ulike metodiske tilnærminger til læren om konstitusjonell sedvanerett. Formålet var å løse problemstillingen ut fra et statsvitenskapelig synspunkt, ved hjelp av kilder fra

historie, juss og statsvitenskap. Jeg håper derfor oppgaven kan bidra med noe nytt i debatten om læren om konstitusjonell sedvanerett.

Som svar på problemstillingens del om ”hvorfors” er det kun blitt skissert ulike forklaringsalternativer. Ved hjelp av disse forklaringsalternativene og materialet som er presentert ellers i oppgaven, har jeg vurdert hva som står frem som mest sannsynlig. For å besvare spørsmålet fullstendig kreves en omfattende historisk analyse, hvor mange flere forhold enn de som er berørt i denne oppgaven trekkes inn. Antagelsen om at læren om konstitusjonell sedvanerett har kommet til ved de små skritt kan ikke kalles en konklusjon, men kanskje heller et utgangspunkt for videre forskning.

Oppgaven etterlater seg flere åpne spørsmål. Som allerede antydnet kan det videre være interessant å se nærmere på spørsmålet om hvorfor læren om konstitusjonell sedvanerett har etablert seg i norsk statsrett. Til dette kreves antakeligvis en omfattende historisk analyse som minst vil fylle en egen hovedoppgave. Over kom det frem at det til en stor del er jurister som definerer hva som er konstitusjonell sedvanerett og ikke. Det er likevel mest sannsynlig at det ikke ligger maktpolitiske motiver bak, men heller praktiske årsaker. Jurister er i utgangspunktet bedre egnet enn politikere til å tolke og vurdere de normene som til enhver tid foreligger. Spørsmålet blir videre om dette er en ønskelig situasjon, eller om normene bør grunnlovfestes slik at stortingsrepresentantene igjen står ansvarlige. Et annet punkt som også er berørt i denne oppgaven er bindingsproblematikken i konstitusjonell teori sett i forhold til læren om konstitusjonell sedvanerett. Kan sedvanerett binde på samme måte som skreven rett? Og hvor reell er egentlig lex superior prinsippet, når sedvanerett kan endre regler av grunnlovs rang?

Til slutt kan en peke på en debatt som allerede er i gang og som jevnlig kommer opp. Bør Grunnloven revideres? Etter å ha sett hvor stor og til dels viktig del av vår forfatning som faktisk ikke står i Grunnloven, er jeg tilbøyelig til å mene dette. Samtidig er det et spørsmål om hvor formålstjenlig det vil være å gjennomføre en

omfattende revisjon. At Grunnloven kanskje har mistet noe av sin betydning som rettslig norm og heller økt sin symbolverdi (Nordby 2002), betyr ikke at den kun bør reduseres til et symbol. Den norske konstitusjonen er fortsatt gjeldende rett og må tolkes i lys av sin samtid. Ved en inkorporering av de reglene som i dag er hjemlet i konstitusjonell sedvanerett vil en kanskje miste noe av denne fleksibiliteten. Den konstitusjonelle sedvanerettens dynamiske karakter har til dels fungert som en motvekt til den noe mer rigide juridiske siden ved statsstyret. Nå får en bare konstatere at Norges grunnlov nok ikke gir et godt og korrekt bilde av det norske statssystem slik Hernes hevdet. Og mye av det skyldes den såkalte læren om konstitusjonell sedvanerett.

Litteratur

- Andenæs, Johs. (1945): *Statsforfatningen i Norge*. Oslo: Johan Grundt Tanum.
- Andenæs, Johs (1990): ”Jus og politikk: samspill og konflikt” i *Lov og Rett*: 414-425.
- Andenæs, Johs. (1998): *Statsforfatningen i Norge*. Oslo: Tano Aschehoug.
- Andenæs, Johs. (2000a): ”Konstitusjonelle reformer i historisk perspektiv”, *Nytt Norsk Tidsskrift*: 118-123.
- Andenæs, Johs. (2000b): ”Tilleggsskatt og menneskerettighetene”, kronikk i *Aftenposten* 30.08.00.
- Aschehoug, T.H. (1875): *Norges nuværende statsforfatning*. Christiania: H. Aschehoug og Co.
- Aschehoug, T.H. (1879): *Norges nuværende statsforfatning*. Christiania: H. Aschehoug og Co.
- Aschehoug, T.H. (1885a): *Norges nuværende statsforfatning*. Christiania: H. Aschehoug og Co.
- Aschehoug, T.H. (1885b): ”Den nordiske statsrett” i T.H. Aschehoug, K.J. Berg og A.F. Krieger (red.): *Nordisk retsencyclopedi*. København: Gyldendalske Boghandels forlag.
- Augdahl, Per (1949): *Forelesninger over rettskilder*. Oslo: Universitetet i Oslo.
- Bakken, Erlend, Bones, Thomas, Moen, Frode André og Olsen, Daniel Løstegaard (2001): *Pensumsamling i folkerett, internasjonale menneskerettigheter, individets grunnlovsværn og rettshistorie*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Berg Wasenden, Odd-Harald (1998): ”Hevd, alders tids bruk og lokal sedvanerett som grunnlag for ”usynlige” bruksrettigheter”, s. 306-324 i *Jussens venner*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Boe, Erik (1993): *Innføring i juss*. Oslo: Tano Aschehoug.
- Boe, Erik (1996): *Innføring i juss. Statsrett og forvaltningsrett*. Oslo: Tano Aschehoug.
- Björne, Lars (1991): *Nordisk rättskällelära. Studier i rättskälleläran på 1800-talet*. Lund: A.-B. Nordiska bokhandeln.
- Bårdsgård, Hans (2001): ”Myndig monark”, *Aftenposten*, 20. August.
- Castberg, Frede (1918): ”Nogen Ord om Magtfordelingsprincippet og dets Stilling i fransk og norsk Statsret”, *Tidsskrift for Retsvidenskap*: 243-296.
- Castberg, Frede (1935): *Norges statsforfatning*. Bd. I og II. Oslo: O. Christiansens boktrykkeri.
- Castberg, Frede (1963): ”Kommentar til artiklene om Kings Bay-saken”, *Lov og Rett*: 350-353.
- Castberg, Frede (1964a): *Norges statsforfatning*. Bd. I. Oslo: Universitetsforlaget.
- Castberg, Frede (1964b): ”Grunnloven i 1814 og i dag”, *Samtiden*: 262-275.
- Christensen, Jens Peter (2002): ”Norm og praksis under grundloven som aldrig ændres” i Smith, Eivind (red.): *Grundlagens makt. Konstitutionen som politisk redskap och som rättslig norm*. Stockholm: SNS Förlag.

- Eckhoff, Torstein (1963): "Legalitetsprinsippet" i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*: 224-285.
- Eckhoff, Torstein (1964a): "Utviklingslinjer i norsk statsstyre og forfatningsrett 1814-1964", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*: 171-231.
- Eckhoff, Torstein (1964b): "Noen refleksjoner om domstolenes uavhengighet" i Lejman, Fritjof, Norbeck, Lars, Strömberg, Håkan og Wallén, Per-Edwin (red.): *Festskrift tillägnad professor, juris doktor Karl Olivecrona vid hans avgång från professorämbetet den 30 juni 1964*. Stockholm: Kungl. Boktryckeriet.
- Eckhoff, Torstein (1965): Anmeldelse av Frede Castbergs "Norges statsforfatning", *Lov og Rett*: 190-192.
- Eckhoff, Torstein (1993): "Rettens kilder og anvendelse" i Birger Stuevold Lassen (red.): *Knophs oversikt over Norges rett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Eckhoff, Torstein (1994): *Forvaltningsrett*. Oslo: Tano Aschehoug.
- Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan (1997): *Rettskildelære*. Oslo: Tano Aschehoug.
- Elster, Jon (2000): *Ulysses unbound: Studies in rationality, precommitment and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fleischer, Carl August (1994): *Folkerett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Fliflet, Arne (1998): "Parlamentarismen og Grunnloven" i Doublet, David R., Krüger, Kai og Strandbakken, Asbjørn (red.): *Stat, politikk og folkestyre: festskrift til Per Stavang på hans 70-års dag*. Bergen: Alma Mater.
- Gjelsvik, Nikolaus (1939): *Innledning i rettsstudiet*. Oslo: Nikolai Olsen.
- Hagerup, Francis (1907): "Det psykologiske Grundlag for Retten", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*: 1-14
- Hagerup, Francis (1919): *Retsencyclopaedi*. Kristiania: H. Aschehoug og co.
- Helgesen, Jan (1977): "Om den såkalte konstitusjonelle sedvanerett", s.193-240 i *Jussens venner*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Helset, Per og Stordrange, Bjørn (1998): *Norsk statsforfatningsrett*. Oslo: Ad Notam Gyldendal.
- Hernes, Gudmund (1980): "Hva skjer styrerne?", *Samtiden* 2/1980: 89-96.
- Hylland, Aanund (1985): "Kan vi tvinge statsministeren til å fortsette i stillingen?", *Nytt Norsk Tidsskrift*: 51-55.
- Hylland, Aanund (1994): "Konstitusjonell treghet. Bør noen saker være unndratt flertallets kontroll?", s.185-208 i Midgaard, Knut og Rasch, Bjørn Erik (red.): *Representativt demokrati: Spilleregler under debatt*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Innstilling til Stortinget (Innst. S.) Nr. 166 1933
- Innstilling til Stortinget (Innst. S.) Nr. 352 1972
- Kaartvedt, Alf (1964): *Det norske Storting gjennom 150 år*. Oslo: Gyldendal.
- Kraby, Ida Hjort (1996): "Hva er lov – særlig om legalitetsprinsippet og faktiske handlinger", s.145-160 i *Jussens venner*. Oslo: Universitetsforlaget.

- Langholm, Sivert (1997): *Historisk rekonstruksjon og begrunnelse. En innføring i historiestudiet*. Oslo: Andersen og Butesnschøn AS.
- Morgenstjerne, Bredo Henrik von Munthe af (1899): "Funktionsopregning i den norske Grundlovs §75" i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*: 18-42.
- Morgenstjerne, Bredo Henrik von Munthe af (1900): *Lærebog i den norske Statsforfatningsret*. Kristiania: Steenske Bogtrykkeri og Forlag.
- Morgenstjerne, Bredo Henrik von Munthe af (1909): *Lærebog i den norske Statsforfatningsret*. (2.omarb.udg). Kristiania: Steen.
- Morgenstjerne, Bredo Henrik von Munthe af (1926): *Lærebok i den norske statsforfatningsret*. Bd. I. Oslo: O. Christiansens Trykkeri.
- Nordby, Trond (2000): *I politikens sentrum. Variasjoner i Stortingets makt 1814-2000*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Nordby, Trond (2002): "Norges grunnlov, fra styringsredskap til symbol – og noen tanker om å gjenreise redskapsfunksjonen" i Smith, Eivind (red.): *Grundlagens makt. Konsitutionen som politisk redskap och som rättslig norm*. Stockholm: SNS Förlag.
- Opsahl, Torkel (1962): "En moderne forfatning under debatt", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*: 282-319 og 369-412.
- Platou, Oscar (1915): *Forelæsninger over retskildernes teori*. Kristiania: A.W. Brøggers boktrykkeri A/S.
- Rapport til Stortinget (2002-2003): "Stortingets kontroll med regjering og forvaltning", 30.september 2002.
- Rasch, Bjørn Erik (1994): "Demokratiets spilleregler under debatt" i Midgaard, Knut og Rasch, Bjørn Erik (red.): *Representativt demokrati. Spilleregler under debatt*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Rasch, Bjørn Erik (1995): "Norsk parlamentarisme i sammenlignende perspektiv" i Stjernquist, Nils (red.): *Parlamentarismen i de nordiska länderna. En egen modell?* Stockholm: Riksbankens Jubileumsfond & Gidlunds Förlag.
- Rasch, Bjørn Erik (2000): *Parlamentarisme*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Ross, Alf (1959): *Dansk statsforfatningsret*. Bd. I. København: Nyt Nordisk Forlag.
- Sandvik, Gudmund (1981): "Fire liner i yngre norsk rettshistorie" i Bloch, Kristian, Helle, Knut, Kiil, Alf og Sandvik, Gudmund: *Utvalde emne frå norsk rettshistorie*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Seip, Jens Arup (1968): *Tanke og handling i norsk historie*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag.
- Sejersted, Fredrik (1984): *Demokrati og rettsstat. Politisk – historiske essays*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Sejersted, Francis (2001): *Demokrati og rettsstat*. Oslo: Pax Forlag A/S.
- Sejersted, Fredrik (2000): "Regjeringens opplysningsplikt", Dagbladet 20.januar.
- Sejersted, Fredrik (2002a): *Kontroll og konstitusjon. Statsrettslige studier av Stortingets kontrollvirksomhet*. Oslo: Universitetet i Oslo, Institutt for Offentlig rett. Doktorgradsavhandling.
- Sejersted, Fredrik (2002b): "Om Stortingets kompetanse til å regjere over Regjeringen", prøveforelesning, selvvalgt emne, 23.08.2002.

- Slagstad, Rune (1990): "Den norske Høyesteretts prøvingsrett i perioden 1850-1920" i *Högsta domsmakten i Sverige under 200 år*. Lund: Institutet för rättshistorisk forskning.
- Slagstad, Rune (2001a): *Rettens ironi*. Oslo: Pax Forlag A/S.
- Slagstad, Rune (2001b): *De nasjonale strateger*. Oslo: Pax Forlag A/S.
- Smith, Carsten (1975): "Domstolene og rettsutviklingen", *Lov og Rett* : 292-319.
- Smith, Carsten (2000): "Stortinget og domstolene", *Nytt Norsk Tidsskrift*: 135-142.
- Smith, Eivind (1978): "Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*: 655-691.
- Smith, Eivind (1993): *Høyesterett og folkestyret. Prøvingsrett overfor lover*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Smith, Eivind (1994): "Norge som konstitusjonelt demokrati" i Midgaard, Knut og Rasch, Bjørn Erik (red.): *Representativt demokrati. Spilleregler under debatt*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Smith, Eivind (1996): "Konstitusjonelt demokrati", *Aftenposten* 12. August.
- Smith, Eivind (1997): *Regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Smith, Eivind (1999): "Instruksjonsmyndighet i den offentlige forvaltning og i ligningsforvaltningen", s. 48-60 i *Jussens venner*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Smith, Eivind (2000): "Demokratiet i konstitusjonelle bånd?" i *Makt- og demokratiutredningen 1998-2003. Rapportserien. Nr 20*. Oslo: Unipub.
- Smith, Eivind (2002): "Fra Eidsvold til Westminster?: om synet på Grunnloven som politisk redskap" i Eriksen, Trond Berg, Newth, Erik, Ringen, Stein og Smith, Eivind (red.): *Fakler om vitenskap og samfunn: til Den polytekniske forenings 150 års jubileum*. Oslo: Gyldendal Akademiske.
- Stang, Fredrik (1833): *Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovbestemte Ret*. Christiania: Hoppes Forlag.
- Stavang, Per (1971): "Negativt flertall i norsk parlamentarisme", *Lov og Rett*: 145-166.
- Stavang, Per (1976): "Parlamentarismen i Noreg", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*: 423-463.
- Stavang, Per (1998): *Parlamentarisme og folkestyre*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Stavang, Per (1999): *Storting og regjering. Om instruksar frå Stortinget til regjeringa*. Bergen: Alma Mater Forlag AS/ Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS.
- Stavang, Per (2000): "Kompetanse- og maktfordeling i norsk parlamentarisme", *Nytt Norsk Tidsskrift*: 150-164.
- Wilberg, Ingeborg (1962): "Om parlamentarismen og ministeransvarlighet", *Nordisk administrativt tidsskrift*: 223-247.
- Wilberg, Ingeborg (1963): "Kings Bay-saken i forfatningsrettslig og parlamentarisk perspektiv", *Lov og Rett*: 337-341.